

Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente **JOAQUIM BARBOSA**

DD. Relator da Ação Penal n. 470 – STF

“A história tem registrado que nos votos vencidos algumas vezes residem as sementes das grandes transformações. O voto vencido é o da coragem, o voto de quem não teme ficar só. O STF é mais importante que todos e cada qual do seus Ministros”. (Decano do STF, Ministro Celso de Mello, no julgamento da AP 470)

VINÍCIUS SAMARANE, por seus advogados constituídos, vem, respeitosamente, à presença de V.Exa., opor **EMBARGOS INFRINGENTES** contra o respeitável acórdão de fls. 51.616/60.020, fazendo-o com fundamento no artigo 330 do RISTF e supedâneo nos votos até aqui vencidos, a fim de que prevaleça o entendimento neles esposados.

Salvo melhor juízo, o presente recurso deverá ser distribuído por dependência ao eminente Ministro Luiz Fux, por prevenção.

Pede juntada.

De Belo Horizonte para Brasília, 15 de outubro de 2013.

MAURÍCIO DE OLIVEIRA CAMPOS JÚNIOR

Advogado – OAB/MG 49.369

RODRIGO OTÁVIO SOARES PACHECO

Advogado – OAB/MG 80.642

EMBARGOS INFRINGENTES DE VINÍCIUS SAMARANE

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

Doutos Ministros,

I - SÍNTESE DO PROCESSO E DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO EMBARGANTE

01 - O embargante Vinícius Samarane foi condenado nesta AP 470 as penas de 03 anos e 02 meses de reclusão, aumentada em 2/3 pela continuidade delitiva, perfazendo **05 anos, 03 meses e 10 dias de reclusão e 130 dias-multa pelo crime de lavagem de dinheiro** e, ainda, **03 anos e 06 meses de reclusão e 100 dias multa**, pelo **crime de gestão fraudulenta de instituição financeira**, restando concretizadas em **08 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além de 230 dias-multa.**

02 - Quanto ao crime de lavagem de dinheiro, verificou-se divergência **no mérito**, com dois votos **pela absolvição** do embargante proferidos pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Divergência também ocorreu quanto à **dosimetria da pena**, pois votaram majoritariamente a favor da sanção supracitada os Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Melo e Ayres Brito, enquanto os Ministros Dias Toffoli e Rosa Weber votaram por sanção reclusiva menor, ou seja, **pena-base fixada em 03 anos e 02 meses de**

reclusão, aumentada de 1/3 pela continuidade delitiva, perfazendo o total de 04 anos e 02 meses de reclusão.

03 - Quanto ao delito de gestão fraudulenta também ocorreu, no mérito, divergência de destaque, com votos absolutórios dos Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Também em relação à pena aplicada a este crime houve divergência, verificando-se apertada diferença na votação por **4x3**, prevalecendo a pena de **03 anos e 06 meses de reclusão e 100 dias-multa** aplicada pelos Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Celso de Mello e Ayres Brito, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Rosa Weber e Cármen Lúcia, que condenaram o embargante a uma pena privativa de liberdade inferior, qual seja, **03 anos e 04 meses de reclusão.**

04 - Embargos de declaração foram opostos com o objetivo de suprir omissões e superar contradições para que, ao final, com a concessão de efeitos modificativos àquele recurso, pudesse ser corrigida, com o devido merecimento, a situação jurídica de Vinícius Samarane, senão pela absolvição das imputações contidas na denúncia, ao menos pela redução da elevada e injusta pena que lhe foi, majoritariamente, atribuída.

05 - Entretanto, os embargos declaratórios foram rejeitados, o que enseja a possibilidade de superação dos equívocos consagrados na condenação do embargante, agora, através do resgate dos votos vencidos que podem possuir, como disse o Ministro Celso de Mello em brilhante oração proferida neste julgamento, o "*sentido mais elevado da ordem, do direito e do sentimento da Justiça*".

II - DA ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS INFRINGENTES

06 - Em preâmbulo, registre-se que o julgamento do Agravo Regimental interposto pelo acusado Pedro Corrêa em nada interfere no juízo de admissibilidade do presente recurso, seja porque as situações jurídicas dos recorrentes são diversas, inclusive, em relação ao número de votos divergentes, seja porque o ora embargante Vinícius Samarane apresenta, neste instante processual, e de forma até agora inédita, os seus embargos infringentes com fundamentação específica e diversa do citado corrêu.

07 - Ademais, o acórdão prolatado pelo STF no Agravo Regimental supramencionado entendeu por não acolher o argumento do acusado Pedro Corrêa que pedia nova interpretação ao parágrafo único do art. 333 do Regimento Interno desta Corte Maior, com supressão da expressão “sessão secreta”, pleito que não consta do pedido e sequer da causa de pedir aduzidos no presente recurso.

08 - A situação jurídica e processual é própria e próprios são os fundamentos da admissibilidade, o que enseja a obrigatoriedade de uma apreciação singular e positiva de admissão destes embargos infringentes, ante o preenchimento dos pressupostos de cognição a seguir apresentados de forma sistemática.

II. 1 - PRIMEIRO PRESSUPOSTO OBJETIVO: DECISÃO NÃO UNÂNIME PROFERIDA EM AÇÃO PENAL JULGADA PROCEDENTE PELO PLENÁRIO DO STF

09 - A Suprema Corte, no julgamento do 26º Agravo Regimental da AP 470, interposto pelo acusado Delúbio Soares, decidiu pela vigência e validade do art. 333 do seu Regimento Interno, o qual tem a seguinte redação:

“Art. 333 - Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma:

I - que julgar procedente a ação penal;

II - que julgar improcedente a revisão criminal;

III - que julgar a ação rescisória;

IV - que julgar a representação de inconstitucionalidade;

V - que, em recurso criminal ordinário, for desfavorável ao acusado.

Parágrafo único. O cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta (Alterado pela ER-000.002-1985)”.

10 - O primeiro pressuposto de admissibilidade dos embargos infringentes é o tipo de decisão recorrível, ou seja, tem que ser uma decisão não unânime do Plenário ou da Turma, entre as quais a que julgue procedente a ação penal.

11 - Como relatado, a condenação do embargante decorreu de julgamento em ação penal originária que julgou procedente a denúncia ofertada em seu desfavor, sendo certo que referida decisão não foi unânime, tanto porque proferidos votos absolutórios quanto porque

votos divergentes fixaram pena menor, com o que restou atendido o pressuposto do art. 333, I, do Regimento Interno do STF.

12 - Note-se que a divergência que enseja os embargos infringentes não se limita **a votos absolutórios, posto que o dispositivo regimental apenas indica a necessidade de votos discrepantes em ação penal julgada procedente pela Suprema Corte.**

13 - Logo, como a norma em questão não traz específica exigência de que a matéria a ser discutida nos embargos infringentes seja adstrita à absolvição ou condenação do acusado, descabe criar outro requisito de admissibilidade recursal sem amparo legal.

14 - A jurisprudência do STF, inclusive, parece sinalizar no mesmo caminho, pois, no julgamento de embargos infringentes na AP 409 CE, o Ministro Celso de Mello, ainda que em decisão pela inadmissibilidade dos embargos, reconheceu a possibilidade de discussão sobre pena e prescrição nessa espécie recursal.

15 - Decisão plenária proferida nos Embargos de Declaração na Ação Originária 1046 de Roraima, mesmo descartando os infringentes, sugeriu seu cabimento em relação a “qualquer questão decidida”, donde se conclui que o objeto dos embargos infringentes não se limita aos votos minoritários pela absolvição:

“Não cabem embargos infringentes no caso presente, **tendo em vista que não houve divergência de quatro votos em qualquer questão decidida no acórdão embargado.** Artigo 333, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Tratando-se de embargos declaratórios, não se admite modificação

meritória do entendimento já exarado. Precedentes.”
(STF – AO 1046 – RR - Rel. Ministro Joaquim Barbosa –
grifos não constam do original)

16 - Na mesma ação originária foram interpostos embargos infringentes, recentemente inadmitidos por decisão do Ministro Luis Roberto Barroso (em 14/08/2013), não porque se referissem a divergência relacionada a preliminares de nulidade, mas porque S.Exa. exigiu, no caso examinado, quórum mínimo de quatro votos discrepantes.

Desse modo, aqui também a objeção ao cabimento dos embargos infringentes não se deu por limitação de matéria, senão por exigência de número mínimo de votos divergentes que, ver-se-á, não constituirá obstáculo aos embargos infringentes de Vinícius Samarane. Transcreva-se trecho da aludida decisão:

“Observando os termos do extrato da Ata de Julgamento da apelação, como ficaram vencidos apenas os Ministros Marco Aurelio, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence quanto às preliminares, não se completa o número mínimo, exigido pelo Regimento, para o manuseio do recurso. Sendo assim, nego seguimento ao recurso, por ser manifestamente inadmissível, nos termos do art. 21, §1o, do RISTF”.
(STF – Emb. Infr. AO 1046 – RR - Rel. Ministro Roberto Barroso – grifos não constam do original)

17 - Conclui-se, pois, pelo preenchimento do primeiro pressuposto objetivo dos embargos infringentes nos termos regimentais, qual seja, a existência de **votos divergentes sobre matéria de qualquer natureza.**

II. 2 - SEGUNDO PRESSUPOSTO OBJETIVO: EXIGÊNCIA DE QUATRO VOTOS DIVERGENTES - ART. 333, PARÁGRAFO ÚNICO DO REGIMENTO INTERNO DO STF - INTELIGÊNCIA DO DISPOSITIVO LEGAL - CONCEITO JURÍDICO DE DIVERGÊNCIA - NÚMERO MÍNIMO DE VOTOS DIVERGENTES QUE NÃO EXPRESSAM UM CONCEITO MATEMÁTICO E FECHADO

18 - O conceito jurídico de divergência, essência do recurso de embargos infringentes, não se coaduna com uma expressão matemática fechada como a exigência de **quatro votos minoritários**. Argumentos baseados na lógica aplicada ao Direito e sustentados também no soberano conceito de isonomia processual irão demonstrar, a seguir, a imperiosidade da interpretação teleológica do preceito legal supramencionado.

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

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

20 - O número de quatro votos encerra, na verdade, um conceito jurídico: a divergência deve ser expressiva, relevante, quando o julgamento ocorrer no Plenário em face do número também expressivo de votantes, ou seja, onze no total.

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

Assim, para o intérprete que se apegue à literalidade do dispositivo regimental, é esta a “expressão matemática” a ser observada na aferição dos pressupostos de admissibilidade.

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

23 - Portanto, parece evidente que a melhor interpretação do parágrafo único do art. 333 do Regimento Interno do STF deve considerar o número mínimo de quatro votos divergentes como um referencial, até porque, dependendo do número de julgadores, o quórum supracitado pode ser impossível de ser alcançado, tal como ocorre quando, por exemplo, apenas seis, **sete** ou oito ministros participem do julgamento meritório.

24 - *In casu*, em relação ao embargante, verifica-se divergência pela contagem de **quatro votos a três** especificamente no que toca à fixação da pena quanto ao crime de lavagem de dinheiro. Ora, três votos minoritários, na espécie, **constituem a expressão máxima possível da divergência!**

Ainda que se busque a proporção representativa dos quatro votos divergentes exigidos regimentalmente, o embargante preenche este pressuposto na hipótese supra, o que evidencia o pleno cabimento do recurso em tela.

25 - Quanto a este argumento, cite-se, por fim, o recente voto do Ministro Celso de Mello que abordou a questão do quórum de quatro votos divergentes para admissibilidade dos embargos infringentes,

destacando a representatividade numérica da divergência num colegiado com 11 julgadores:

“Entendo que essa questão mereceu adequada análise pelo eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que, em julgamento nesta Corte, de que foi Relator (HC71.124/RJ), após haver destacado o descabimento de embargos infringentes criminais contra decisão condenatória não unânime, nos processos de competência originária dos Tribunais em geral, “salvo no Supremo Tribunal Federal”, bem justificou a razão de ser da exigência mínima de 04 (quatro) votos vencidos, **salientando que esse número bastante expressivo em um Tribunal com apenas 11 (onze) integrantes (tanto que quatro votos, nas Turmas, compõem a maioria) revela-se apto a evidenciar, sem qualquer dúvida, a plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte embargante**”. (AP 470 – grifos não constam do original)

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

27 - No presente caso, o embargante Vinícius Samarane alcançou divergência significativa, considerando-se o limitado número de votantes em certas questões apreciadas pelo Pleno, cuja formação esteve incompleta na maior parte do julgamento.

ii) Isonomia processual na hipótese de litisconsortes passivos

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

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

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

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

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

33 - A isonomia tem sede constitucional, razão pela qual o pressuposto para cognição de um recurso não pode ser desproporcional, dependendo da situação específica do quórum de julgamento de cada réu. Logo, o pressuposto específico dos embargos infringentes é o

conceito jurídico de divergência significativa e não o número fechado de quatro votos minoritários.

iii) Paridade entre os julgamentos públicos e secretos

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

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

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

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

38 - Interpretação conforme a Constituição ou, ainda mais claro, interpretação conforme o constitucional princípio da isonomia imporia a extensão do alcance da **inexigibilidade** de quórum mínimo de divergência para todo e qualquer julgamento realizado pelo Plenário do STF e, não apenas, para os processos criminais que tramitassem sobre segredo de Justiça.

II.2.1 - DO EFETIVO CUMPRIMENTO DO SEGUNDO PRESSUPOSTO OBJETIVO EM RELAÇÃO AO EMBARGANTE VINÍCIUS SAMARANE

39 - Os três fundamentos expostos consagram, como dito, um **conceito jurídico de divergência** como pressuposto de admissibilidade dos embargos infringentes em superação a uma interpretação gramatical e epidérmica que, ao final, poderia fazer reinar uma expressão matemática (quatro votos divergentes) como critério absoluto de conhecimento de um importante recurso do processo penal.

40 - Definido, assim, o conceito de divergência como pressuposto para admissibilidade dos embargos infringentes sem apego **absoluto** ao critério numérico de quatro votos divergentes e, sim, com o reconhecimento do caráter **não unânime** da decisão e da relevância **da divergência na votação**, serão analisadas, separadamente, as hipóteses de cognição em relação ao embargante Vinícius Samarane.

a) Crime de Gestão Fraudulenta - Pontos de divergência: absolvição e fixação da pena de Vinícius Samarane

41 - Em relação ao crime de gestão fraudulenta, o embargante foi condenado a uma pena total de **03 anos e 06 meses de reclusão e 100**

dias multa. Votaram a favor dessa pena os Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Celso de Mello e Ayres Brito.

42 - A divergência quanto à pena aplicada foi materializada pelos votos dos Ministros Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármen Lúcia, que votaram pela pena de **03 anos e 04 meses de reclusão e 100 dias multa**.

43 - Importante consignar que, em relação a este delito, votaram pela **absolvição** do embargante os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, alinhando-se com uma divergência que, a rigor, totalizou cinco votos contra a posição majoritária.

44 - O fundamental é assinalar que, na situação em exame, os três votos divergentes favoráveis ao embargante no que toca à pena aplicada são a **expressão máxima possível da divergência**, pois apenas sete ministros votaram nesta matéria, uma vez que dois outros votaram pela absolvição.

45 - É inequívoco que, nesta hipótese, são cabíveis os embargos infringentes, seja porque três votos divergentes favoráveis em relação à pena representam a maior dissonância factível, seja porque o número total de contrariedade à decisão majoritária supera os quatro votos citados no parágrafo único do art. 333 do Regimento Interno do STF.

A hipótese é inusitada: afinal, os votos absolutórios somente poderiam ser concebidos em favor do acusado, inclusive para facultar-lhes os embargos infringentes em matéria de fixação de pena menos gravosa, de cuja fixação dois Ministros não puderam participar, exatamente porque absolveram o embargante.

46 - Partindo da premissa que quatro votos divergentes em onze possíveis – composição do Pleno do STF – representam pouco mais do que um terço de discrepância com a decisão majoritária, neste caso, três votos em sete possíveis representam quase metade. É claro, pois, o preenchimento do pressuposto em análise.

47 - Resta configurado que, de uma ou outra forma, os pressupostos de cognição dos embargos infringentes estão plenamente preenchidos, considerando que há uma decisão plenária do STF que: (i) julga procedente a ação penal em desfavor do embargante; (ii) não é unânime e (iii) cuja divergência é juridicamente relevante, seja em proporção de votos discrepantes da concepção majoritária (além do exigido regimentalmente), seja como máxima dissintonia possível, considerado o número de julgadores votantes em matéria de fixação da pena.

b) Crime de Lavagem de dinheiro - Pontos de divergência na fixação da pena de Vinícius Samarane - absolvição e aumento da continuidade delitiva

48 - Quanto ao crime de lavagem de dinheiro, o embargante foi condenado a uma pena-base de 03 anos e 02 meses de reclusão que, umentada em 2/3 pela continuidade delitiva, restou fixada no total de 05 anos, 03 meses e 10 dias de reclusão. Votaram a favor dessa pena os Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Ayres Brito.

49 - Houve divergência na decisão que apreciou o crime de lavagem de dinheiro, seja pela absolvição decidida pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, seja pela pena aplicada, pois os Ministros Dias Toffoli e Rosa Weber votaram a favor de um sanção

menor, ou seja, a mesma pena-base fixada em 03 anos e 02 meses de reclusão, exasperada, contudo, **em 1/3 pela continuidade delitiva, perfazendo o total de 04 anos e 02 meses de reclusão.**

50 - Aqui, também, interpretação literal do parágrafo único do art. 333 do Regimento Interno do STF permitiria considerar quatro votos divergentes, em um ou outro sentido, da decisão majoritária do Pleno proferida em ação penal originária julgada procedente.

51 - Focada a divergência específica em relação à pena aplicada, a votação por cinco a dois enseja discrepância de relevo, pois os votos minoritários representam quase um terço do total de ministros votantes na matéria.

52 - O crucial é a configuração de uma **significativa diversidade de votos (plausibilidade da tese jurídica nos dizeres do Ministro Celso de Mello).**

53 - O inusitado se repete: afinal, os votos absolutórios somente poderiam ser concebidos em favor do acusado, inclusive para facultar-lhes os embargos infringentes em matéria de fixação de pena menos gravosa, de cuja fixação dois Ministros não puderam participar, exatamente porque absolveram o embargante.

54 - Por todo o exposto, o embargante também em relação ao crime de lavagem de dinheiro reúne as condições necessárias para o conhecimento dos embargos infringentes, tanto porque possui votos divergentes pela absolvição, quanto porque possui votos divergentes pela aplicação de reprimenda menos gravosa, com plausibilidade que recomenda o conhecimento do recurso.

II. 3 - ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS INFRINGENTES COMO EXPRESSÃO DO DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - PRINCÍPIO DA AMPLA PROTEÇÃO JUDICIAL - NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA - SOBREPOSIÇÃO AO REGIMENTO INTERNO DO STF - INAPLICABILIDADE DA EXIGÊNCIA DO QUORUM DE DIVERGÊNCIA CITADO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 333 DO RI DO STF - CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

55 - Como reforço de argumentação, invoca a defesa de Vinícius Samarane a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o denominado Pacto de San José da Costa Rica, recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro como norma constitucional.

56 - Importante ressaltar que não se trata aqui de invocação de uma norma de Direito Internacional, mas, sim, regra jurídica interna, a partir do instante que a Convenção foi internalizada pelo Decreto n. 678/1992.

57 - Dispõe o referido Tratado sobre o direito ao duplo grau de jurisdição:

“2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: **direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior**”. (Art. 8º, item II, “h”- grifos não constam do original)

58 - Vários precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos informam o verdadeiro alcance da disposição supra, inclusive, como reconhecimento do direito do acusado, processado em instância única e superior de jurisdição face ao foro privilegiado, de formular e ver julgado um recurso contra a decisão desfavorável.

59 - Citem-se os casos *"Herrera Ulloa versus Costa Rica"* (2004), *"Mohamed versus Argentina"* (2012) e *"Barreto Leiva contra Venezuela"* (2009), este último citado por Luiz Flávio Gomes com a seguinte análise:

"No caso 'Barreto Leiva contra Venezuela', a corte, em sua decisão de 17 de novembro de 2009, apresentou duas surpresas. A primeira é que fez valer em toda a sua integralidade o direito ao duplo grau de jurisdição (direito de ser julgado duas vezes, de forma ampla e ilimitada). A segunda é que deixou claro que esse direito vale para todos os réus, inclusive os julgados pelo tribunal máximo do país, em razão do foro especial. Esse precedente da Corte Interamericana se encaixa como luva ao processo do mensalão. Mais detalhadamente, o que a corte decidiu foi o seguinte: 'Se o interessado requerer, o Estado [a Venezuela, no caso] deve conceder o direito de recorrer da sentença, que deve ser revisada em sua totalidade'. (Luiz Flávio Gomes *in* "A Corte da OEA pode interferir na decisão do STF sobre o caso mensalão?" publicado no site do Instituto dos Advogados do Brasil, disponível em www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-10051.pdf).

60 - O Ministro Celso de Mello, inclusive, neste julgamento da AP 470, há poucos dias, fez excelente pronunciamento, observando a necessidade de respeito à supracitada Convenção como regra de Direito interno e não apenas como um Tratado Internacional ao qual o Brasil aderiu:

“De outro lado, há a considerar, ainda, um outro aspecto que tenho por pertinente no exame da controvérsia ora em julgamento e que se refere ao fato de que a regra consubstanciada no art. 333, inciso I, do RISTF busca permitir, ainda que de modo incompleto, concretização, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que visaria amparar o direito consagrado na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que realiza, embora insuficientemente, a cláusula convencional da proteção judicial efetiva (Pacto de São José da Costa Rica, Art. 8º, n. 2, alínea “h”). A adoção do critério do duplo reexame nos julgamentos penais condenatórios realizados pelo Supremo Tribunal Federal, possibilitando a utilização dos embargos infringentes na hipótese singular prevista no art. 333, inciso I, do RISTF, permitirá alcançar solução, não obstante limitada, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal, atuando originariamente como instância judiciária única, proferir, por votação majoritária, julgamentos penais desfavoráveis ao réu. Na realidade, não se pode deixar de reconhecer que os embargos infringentes, tais como instituídos no inciso I do art. 333 do RISTF, mostram-se insuficientes à plena realização de um direito fundamental assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo

8º, n.2, “h”) e que consiste na prerrogativa jurídico-processual de condenado ‘recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior’”.

61 - Na ocasião, o Decano lembrou que o STF ainda não decidiu se a recepção do referido Acordo ocorreu com o status de norma constitucional ou norma supralegal, duas correntes que se formaram no debate na Corte Maior.

62 - Esta questão especificamente não altera o argumento aqui aduzido, ou seja, de que a admissibilidade dos embargos infringentes efetiva o duplo grau de jurisdição nos termos expostos no Pacto de San José da Costa Rica, pois, seja como norma constitucional, seja como norma supralegal, o Tratado de Direitos Humanos é hierarquicamente superior ao Regimento Interno do STF, demandando a cognição do referido recurso com qualquer quórum de divergência.

63 - O que se propõe, então, é ir um pouco além do que foi exposto brilhantemente pelo Decano da Corte Maior. Não apenas utilizar a Convenção Interamericana de Direitos Humanos para fundamentar o cabimento dos embargos infringentes na AP 470, mas, também, realizar um verdadeiro controle de convencionalidade, ou seja, interpretação do parágrafo único do art. 333 do Regimento Interno do STF à luz do direito ao duplo grau de jurisdição, assegurado pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

64 - Neste sentido, é a lição doutrinária de Valério de Oliveira Mazzuoli, precursor no tema do controle de convencionalidade:

“À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material

e formalmente constitucionais (art. 5o, § 3o), é lícito entender que, para além do clássico ‘controle de constitucionalidade’, deve ainda existir (doravante) um ‘controle de convencionalidade’ das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país”. (*In* “Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro” Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, n. 181, p. 114, 2009).

65 - O controle de convencionalidade ora proposto indica a submissão dos embargos infringentes à sua concepção como espécie recursal garantidora do duplo grau de jurisdição em relação ao embargante, o que possibilita, também por esse motivo, o reconhecimento dos seus embargos mesmo sem o número mínimo de quatro votos divergentes.

66 - Recordar-se que, como bem ensina Valério Mazzuoli, tal controle não está submetido a qualquer tipo de autorização prévia de órgão internacional, sendo uma decorrência do Direito interno:

“Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode-se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio, os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país. Em outras

palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem. (JAYME, 1995, p. 259)” (Op. cit., p. 129)

67 - Em síntese: se a Convenção Interamericana de Direitos Humanos restou internalizada pelo Decreto n. 678/92 e possui status de norma constitucional; se referido texto normativo garante o direito ao duplo grau de jurisdição, inclusive, em relação àqueles réus com foro privilegiado julgados em única instância; se o acesso ao duplo grau de jurisdição nos casos de Ação Penal originária julgada no Pleno do STF ocorre através da espécie recursal denominada Embargos Infringentes, decorre que, em sede de Controle Difuso de Convencionalidade, a interpretação do parágrafo único do art. 333 do Regimento Interno da Suprema Corte admite o citado recurso mesmo sem o número mínimo de quatro votos divergentes, bastando o caráter não unânime da decisão plenária.

III - DO MÉRITO

III. 1 - DA DIVERGÊNCIA QUANTO À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DE GESTÃO FRAUDULENTA E LAVAGEM DE DINHEIRO - DECISÃO NÃO UNÂNIME - REFORMA DO ACÓRDÃO PARA FAZER PREVALECER OS DOIS VOTOS VENCIDOS QUE ABSOLVERAM O EMBARGANTE DE AMBAS AS IMPUTAÇÕES.

68 - O presente tópico limita-se à discussão acerca da matéria objeto de decisão não unânime e desfavorável ao embargante que julgou

parcialmente procedente a denúncia para condená-lo pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 4º, *caput*, da Lei n. 7.492/86, e art. 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n. 9.613/98.

69 - Em essência, a imputação deduzida na denúncia contra Vinícius Samarane em nada se diferencia da imputação deduzida contra todos os demais dirigentes do Banco Rural. Depois de relatar discrepâncias relativas a empréstimos, renovações e classificação de risco de crédito, a denúncia arremata:

“(…)

Com efeito, os dirigentes do Banco Rural, José Roberto Salgado, Vice-Presidente Operacional; Ayanna Tenório, Vice-Presidente; Vinicius Samarane, Diretor Estatutário; e Kátia Rabello, Presidente são os responsáveis pela gestão da instituição financeira, inclusive no que concerne ao Comitê de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e pelas áreas de *compliance*, contabilidade, jurídica e tecnológica”.

70 - Pela absolvição, Vinícius Samarane obteve dois votos favoráveis.

71 - Do escoreito entendimento exarado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, tem-se o seguinte:

“Bem revisados os autos, entendo que o Ministério Público não logrou provar a **participação do réu** em nenhum dos mencionados fatos.

A materialidade dos atos de gestão fraudulenta ficou claramente evidenciada, conforme demonstrei, segundo

penso, por ocasião do exame das condutas dos corréus KÁTIA RABELLO e JOSÉ SALGADO.

Entretanto, verifico que **não se mostra possível dar como comprovada a autoria delitiva em relação a VINÍCIUS SAMARANE.**

Primeiro, porque no período que medeia 2002 e abril de 2004 o réu não ostentava a condição funcional de gestor de instituição financeira, ou seja, não preenchia o requisito necessário para figurar como agente do delito de gestão fraudulenta”.

72 - Com efeito, a prova do processo autoriza concluir, nos termos do que restou decidido pelo Ministro Revisor Ricardo Lewandowski, que Vinícius Samarane não participou de modo algum dos empréstimos cuja concessão foi taxada na denúncia como gestão fraudulenta de instituição financeira, não havendo mínima prova nos autos que o vincule aos supostos envolvidos com o alegado esquema do mensalão.

73 - Nesses termos, o responsável pela área de secretaria geral do Banco Rural, testemunha Jefferson da Mata Almeida, foi categórico:

*“... diz que no período de 2003 e 2004 o Sr. Vinícius Samarane não tinha qualquer relação com a área de câmbio ou internacional, **exercia neste período exercia a função de Superintendente de Controles Internos; tornou-se diretor estatutário em 16 de abril de 2004;** diz que o setor de compliance passou a ser de responsabilidade da Diretoria de Controles Internos em agosto de 2004; diz que quem ocupava a superintendência*

de compliance era Carlos Godinho (...) diz que o Sr. Vinícius é uma "pessoa justa, humana e aberta"; diz que o Sr. Vinícius é casado e tem duas filhas menores; diz que nunca foi formulado pelo Sr. Vinicius Samarane ao depoente qualquer pedido suspeito ou imoral ..." (fls. 21.403/21.404, volume 99 – g.n.)

74 - A testemunha Caio Mário Álvares, ex-superintendente executivo da Regional Minas Gerais do Banco Rural, recordando-se do deferimento dos empréstimos citados na denúncia pelo diretor José Augusto Dumont, foi seguro ao dizer que:

"... não sabe do envolvimento de José Roberto e Vinícius Samarane nas operações envolvendo a SMP&B; diz que José Roberto era diretor de câmbio e responsável pela área internacional e Vinícius Samarane trabalhava na área de controle do Banco, não possuindo qualquer ingerência na área comercial e de crédito do Banco Rural ..." (fls. 21.332/21.337, volume 98)

75 - Com efeito, o crime de gestão fraudulenta foi atribuído a Vinícius com expressa invocação da sua condição de "Diretor Estatutário", integrante da alta cúpula do Banco Rural, pelo que teria cometido, nessa qualidade, os atos de gestão fraudulenta da instituição financeira.

76 - Ocorre que foi provado pela defesa e reconhecido pelo v. acórdão que Vinícius Samarane **não era diretor estatutário**, posição alcançada somente a partir de **abril de 2004**, e que em nenhuma condição (estatutário ou não) concedeu ou renovou empréstimos, bem como não procedeu nem era responsável pela classificação de riscos das operações financeiras.

77 - Não obstante, o embargante restou injustamente condenado, em votação não unânime, como já salientado, pelo crime de gestão fraudulenta, definido no art. 4º da Lei n. 7.492/86, à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão e multa de 100 (cem) dias/multa, no valor unitário de 10 salários mínimos, mesmo sem ser “gestor”.

78 - Ora, Diretor estatutário somente a partir de abril de 2004, restou **incontroverso que não concedeu os empréstimos**, nem renovou as operações, bem como não integrava sua esfera de competência a classificação de risco de operações financeiras.

79 - Sobre isso, eis os escorreitos termos do voto divergente proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

“Aliás, o Parquet, a meu ver, nem mesmo conseguiu evidenciar a participação do réu nos eventos citados na denúncia. As operações vergastadas pelo Parquet, como se sabe, datam de maio e setembro de 2003, época em que elas receberam as respectivas classificações de risco originais, antes mesmo, portanto, de **VINÍCIUS SAMARANE passar a ocupar o cargo de Diretor Estatutário, que assumiu em 16 de abril de 2004, conforme faz prova o documento de fl. 49.332, vol. 230**”.

E S. Exa. arremata:

“Assim, **é certo que não participou da concessão de nenhum dos empréstimos ora mencionados nem da**

classificação de seus riscos, uma vez que tal tarefa escapava completamente de sua competência".

Neste sentido tem-se o esclarecedor depoimento de Nélio Brant Magalhães, Diretor Executivo do Banco Rural, transcrito à fl. 21.264, vol. 98:

"(...) diz que no período de 2002 a 2004, até a morte de José Augusto Dumont, Vinícius Samarane, ao que recorda, nem era diretor do Banco Rural, trabalhando na área administrativa do Banco; diz que nunca ouviu falar de qualquer participação de Vinícius Samarane nas operações de empréstimo acima referidas".

Essa questão foi esclarecida pelo réu, que, confirmando integralmente tudo o que disse na fase extrajudicial, dirimiu uma dúvida quanto ao cargo que ocupava antes de abril de 2004. Veja-se:

"(...) diz que confirma integralmente o depoimento prestado perante autoridade policial e acostado às fls. 5999/6001 – vol. 29 dos autos, bem como sua assinatura nela aposta; esclarece apenas que em 2002 exercia a Superintendência de Controles Internos, sendo eleito Diretor Estatutário em abril de 2004, após o falecimento de José Augusto Dumont" (fl. 16.339).

Ou seja, antes dessa data, VINÍCIUS SAMARANE era mero empregado do Banco Rural, ainda que com o título pomposo de Superintendente, sem nenhum poder de

conceder ou de vetar empréstimos ou de renová-los, pois não integrava a Diretoria da instituição.

Por outro lado, constato que o acusado VINÍCIUS SAMARANE sequer participou de qualquer das rolagens das dívidas aqui tratadas, motivo pelo qual não pode ser responsabilizado pelos atos de gestão fraudulenta que a acusação lhe imputa.

80 - Da prova testemunhal, Nélio Brant Magalhães, ex-diretor executivo operacional do Banco Rural na Regional Minas Gerais, ao tempo do depoimento desligado da instituição, referindo-se precisamente sobre os empréstimos objeto da denúncia, disse que:

“... no período de 2002 a 2004, até a morte de José Augusto Dumont, Vinicius Samarane, ao que recorda, nem era diretor do Banco Rural, trabalhando na área administrativa do Banco; diz que nunca ouviu falar de qualquer participação de Vinicius Samarane nas operações de empréstimo acima referidas...” (fls. 21.262/21.666 – volume 98 – g.n.)

81 - Por sua vez, a testemunha **Adilson Nascimento** asseverou:

“... diz que conhece Vinicius Samarane, Kátia Rabello e José Roberto Salgado tendo em vista que trabalhou no Banco Rural desde 1984 a outubro de 2008; diz que exercia a função de superintendente de Recursos Humanos. Dada a palavra à defesa do denunciado Vinicius Samarane, Kátia Rabello e José Roberto Salgado, às suas perguntas, respondeu: **diz que nos anos de 2003 e 2004**

Vinicius Samarane exercia funções administrativa na área de controles internos, ou seja, não exercia qualquer diretoria; diz que passou a exercer o cargo de diretor após a morte de José Augusto Dumont; diz que considera Vinicius Samarane um modelo de ética afirmando que foi uma das pessoas que fez maior amizade no período em que trabalharam juntos no Banco Rural ...” (fls. 21.402, volume 99 – g.n.)

82 - Ainda quanto à suposta participação do embargante, restou consignado no voto proferido pelo eminente Revisor o seguinte:

“De ressaltar-se, igualmente, que o réu não integrava o Comitê de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro do Banco Rural no período apontado pelo Procurador-Geral da República – 21/2/2003 a 2/1/2004 – no qual teriam ocorrido as referidas operações de crédito e outras transações internacionais, por meio dos “braços estrangeiros” do Banco Rural, sobre as quais pendem suspeitas de lavagem de capitais. Ao revés, há comprovação nos autos de que VINÍCIUS SAMARANE assumiu a função de Diretor responsável pelo Comitê de Prevenção à Lavagem de Dinheiro no Banco Rural somente em 31 de março de 2006” (fl. 49.333, vol. 230).

83 - É importante registrar que, para fundamentar a condenação do embargante, de acordo com o v. acórdão, a responsabilidade criminal atribuída a Vinicius Samarane é uma suposta **omissão dolosa**, entendida como contribuição para o crime **comissivo** de gestão fraudulenta de instituição financeira, mesmo não sendo ele gestor.

84 - *Data venia*, merece ser reformada essa decisão, uma vez que a comprovação de que os exatos termos da denúncia eram improcedentes em relação a Vinícius Samarane haveria de ensejar sua **absolvição**, nos termos dos votos proferidos pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

85 - Com efeito, não se pode transmudar a acusação na fase de julgamento, pois admitir a responsabilização penal de Vinícius por um **crime comissivo** e **próprio** (gestão fraudulenta de instituição financeira), **praticado por omissão de quem não é gestor**, configura verdadeira inovação da acusação, já que a denúncia não o distinguia dos demais dirigentes do Banco Rural, atribuindo a todos, indistintamente, a conduta **comissiva** de **gerir**.

86 - Embora os Embargos de Declaração tenham sido rejeitados, quando de sua oposição a defesa já advertia que o v. acórdão é contraditório em si mesmo e, sobretudo, em relação aos limites da acusação, pois reconhece que Vinícius não praticou atos próprios da gestão, mas responsabiliza-o por suposta **omissão dolosa** não narrada na denúncia.

87 - E assim, ultrapassados os estreitos limites impostos ao alcance dos embargos de declaração, os embargos infringentes não de permitir prevalecer os votos minoritários pela absolvição.

88 - Importante ressaltar que a **omissão** não se equipara à **ação** no crime de gestão fraudulenta. No âmbito do Direito Penal, são conceitos jurídicos **absolutamente distintos, inclusive, com pressupostos diversos**.

89 - Daí porque a omissão penalmente relevante deveria estar descrita na denúncia com indicação de todos os seus requisitos indispensáveis, quais sejam:

- **dever especial de agir** (posição de garantidor, nos termos do art. 13, § 2º, do CP);
- **capacidade de ação** (análise se o acusado tinha condições e poderes de evitar o resultado que lhe é atribuído);
- **resultado naturalístico** (no caso de crime comissivo por omissão);
- **elemento subjetivo próprio da omissão** (que abrange a compreensão do dever jurídico de agir e da capacidade de ação, além do resultado imputado).

90 - Ao contrário, esses requisitos não estão descritos na denúncia ou mesmo no acórdão condenatório, que sequer indicaram qual o fundamento da posição de garantidor do embargante, exigência indispensável nos crimes omissivos.

91 - Condenar a esse título é, *data venia*, transigir com presunções. É vulgarizar a responsabilidade penal a título de omissão penalmente relevante, que não prescinde da legal condição de “garante”, noção incompatível com o conceito vulgar que lhe atribuem os leigos.

92 - Quanto a este ponto específico, o Ministro Ricardo Lewandowski esclareceu em seu voto o seguinte:

“Entendo necessário enfrentar, ainda, a questão da alegada ‘omissão dolosa’ do réu VINÍCIUS SAMARANE, a qual supostamente teria contribuído para a materialização do delito de gestão fraudulenta.

Ora, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

Deve-se indagar, então, se VINÍCIUS SAMARANE devia e podia atuar a fim de evitar o crime previsto no art. 4º, caput, da Lei 7.492/1986. Dito de outro modo, será que ele tinha, de fato, o poder de conceder ou renovar empréstimos?

Penso que a resposta é desenganadamente negativa, como diria o Ministro Marco Aurélio. Isso porque, ainda que VINÍCIUS SAMARANE tivesse, apenas para argumentar, opinado - mas não há provas de que isso houvesse ocorrido - sobre tais operações, aprovando-as ou apontando eventuais falhas na análise do respectivo risco, o poder final de decisão repousava nas mãos dos corréus KÁTIA RABELLO e JOSÉ ROBERTO SALGADO.

Nesse sentido, mencionei anteriormente, ao analisar a conduta desses corréus, que, embora Welerson A. da Rocha, do Comitê Executivo de Crédito do Banco Rural, tenha se manifestado no sentido de que a proposta de renovação de um dos empréstimos envolvia “risco banqueiro”, ela foi autorizada por aqueles dirigentes.

É dizer: ainda que VINÍCIUS SAMARANE tivesse opinado ou apontado eventual risco nessas operações, a sua manifestação não teria caráter vinculante, eis que a aprovação ou rejeição destas operações dependia dos votos de KÁTIA RABELLO e JOSÉ ROBERTO SALGADO (fl. 139, vol. 143 dos apensos).

Destaco, ainda, assim como fiz em relação a AYANNA TENÓRIO, que o fato de VINÍCIUS SAMARANE ter sido sancionado com a pena de inabilitação temporária para gerir instituição financeira, no bojo do Processo Administrativo Punitivo 0601322934 (Aviso 78/BCB-Presi, fls. 32.911-32.925 – vol. 153), tal pena não acarreta a sua condenação automática pelo delito de gestão fraudulenta, até porque a decisão ainda não se tonou definitiva, pois depende de apreciação do competente recurso.

Ainda que assim não fosse, recorro que nosso ordenamento legal, segundo pacífica jurisprudência desta Corte, não contempla a responsabilidade penal objetiva - muito menos de caráter retroativo - nem mesmo no campo societário, onde sabidamente é mais difícil a individualização da conduta dos agentes alegadamente envolvidos em fatos criminosos, dado o entrelaçamento das atividades de sócios e administradores.

Nessa linha, como já destaquei, é o entendimento desta Casa no HC 88.875/AM, Rel. Min. Celso de Mello”.

93 - Cumpre salientar, derradeiramente, que o entendimento consolidado no v. acórdão para fundamentar a condenação foi de que Vinícius Samarane não praticou, efetivamente, atos de gestão fraudulenta, mas contribuiu para o delito em função do seu comportamento omissivo no exercício dos cargos de superintendente de controles, diretor e, posteriormente, diretor estatutário, ou seja, uma contribuição omissiva em crime comissivo.

94 - Ocorre que o crime de gestão fraudulenta imputado na forma comissiva não pode ser praticado na modalidade omissiva por quem não é gestor. Ainda mais quando a conduta omissiva não tenha sido narrada na denúncia, não podendo ser inovada como fundamento para condenação do embargante.

95 - Por outro lado, a utilização da teoria do domínio final do fato pelo eminente Relator, Ministro Joaquim Barbosa, entre outros Ministros que o acompanharam pela condenação dos réus do núcleo financeiro – e de outros núcleos também – sugere que a condenação do embargante se justificaria por pretensa **participação por omissão**.

96 - Segundo Juarez Tavares, a doutrina brasileira, de forma dominante, rechaça a possibilidade de contribuição omissiva em crime comissivo alheio, como se pode conferir na recente obra “Teoria dos crimes omissivos”, lançada pela editora Marcial Pons – p. 404-405.

97 - Certo é que, mesmo aqueles que admitem a participação por omissão em crime alheio, sejam doutrinadores pátrios ou estrangeiros, excluem-na da **teoria do domínio final do fato** para fundamentar a punição de concorrentes, como na hipótese dos autos.

98 - É de rigor a transcrição da brilhante lição de Juarez Tavares que demonstra, de forma cristalina, a contradição em que incorreu o acórdão embargado:

“Centralizada a análise no critério do domínio do fato, que monopoliza os fundamentos da autoria, deve-se também concluir, como o faz Bustos Ramírez, que efetivamente será impossível qualquer forma de coautoria ou participação na omissão. É que qualquer forma de concurso de pessoas no fato punível, quer se trate de coautoria ou de participação em geral, pressupõe uma divisão na execução ou concretização do domínio do fato (coautoria), ou a contribuição material (cumplicidade) ou psíquica (instigação) ao autor para executar a ação proibida. Como na omissão inexiste o domínio do fato, pois não se pode imaginar uma execução material daquilo que se planejou realizar, a participação deixa de ser real para tornar-se potencial, isto é, um observador objetivamente neutro jamais poderá estabelecer ex ante quem seria autor ou partícipe, com base nos dados que lhes sejam disponíveis, porque todo o fato só poderá ser avaliado após se constatar a infração ao dever de atuar. **Admitir-se a participação nesse caso implicaria retirá-la de sua base no fato típico, que é o sustentáculo da garantia individual, para submetê-la a um puro critério de política criminal voltado exclusivamente à questão de sua punibilidade**” (In Teoria dos crimes omissivos, Ed. Marcial Pons, p. 407 – grifos não constam do original).

99 - Portanto, **não cabe participação por omissão em crime comissivo no qual somente autores possuem o domínio final do fato**, o que implica dizer que o crime de gestão fraudulenta exige uma atuação comissiva dos sujeitos ativos próprios para sua configuração, o que não ocorreu no caso do embargante, ao qual foi reconhecida suposta omissão dolosa.

100 - Definitivamente, a hipótese, omissão, não encontra guarida na teoria do domínio final do fato.

101 - O principal autor dessa teoria, Professor Claus Roxin, em sua obra “Autoria e Domínio do Fato no Direito Penal”, publicada pela editora Marcial Pons, ensina que essa teoria não se aplica aos crimes omissivos para os quais, inclusive, desenvolveu teoria própria, a denominada **teoria dos delitos de infração do dever**, cuja aplicação também não faria do suposto omitente, Vinícius, partícipe do crime próprio de gestão fraudulenta.

102 - Questão interessante, especificamente relacionada ao diretor responsável pelo setor de *compliance* de uma instituição financeira, é destacada pela lição de Badaró e Bottini sobre a inaplicabilidade do conceito de garantidor no sentido jurídico-penal:

“A questão mais relevante nessa seara é a natureza do descumprimento das regras administrativas de cuidado previstas na Lei de Lavagem e seus efeitos para a caracterização da omissão imprópria. Como já indicado, a Lei de Lavagem impõe aos profissionais e entidades que operem em setores sensíveis uma série de obrigações de caráter administrativo, dentre as quais o dever de compilar e armazenar informações sobre clientes e de

comunicar a existência de atividades suspeitas. Isso não necessariamente significa uma atribuição expressa do dever de garantia, pois a norma estabelece a obrigação de contribuir com as autoridades de investigação – sistematizando informações e informando atividades suspeitas – e não o dever de impedir práticas de lavagem. Ainda que o novo texto legal institua o dever de compliance para as pessoas obrigadas, nos termos do art. 10, III, vale notar que a determinação normativa não objetiva instituir mecanismos internos para evitar a prática de lavagem de dinheiro, mas apenas de organizar estruturas capazes de manter registro de informações e de notificação de atividades suspeitas (...) Por isso, não parece que o descumprimento de qualquer das normas administrativas da Lei 9603/98 atraia o dever de garantia e seja suficiente para a omissão imprópria.” (*in* Lavagem de Dinheiro, Aspectos Penais e Processuais Penais, Ed. RT, p. 173-174).

103 - É importante consignar que tudo quanto aqui foi mencionado também se aplica ao crime de lavagem de dinheiro, igualmente imputado ao recorrente a título de contribuição omissiva.

104 - Disso exsurtem fundamentos que igualmente levariam à inevitável **absolvição** de Vinícius Samarane, tanto pelo crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, quanto pelo crime de lavagem de dinheiro continuado.

105 - E conclui, o Ministro Ricardo Lewandowski, de maneira escorreita:

“Não existe, permito-me insistir, nenhuma prova de que VINÍCIUS SAMARANE tenha tido participação nos eventos em tela e, muito menos, exibido qualquer dolo em sua conduta como empregado do Banco Rural no que toca ao delito que lhe foi imputado. E mais: não restou evidenciado que conhecesse ou mantivesse qualquer relacionamento com os demais corréus desta ação penal, à exceção dos dirigentes da instituição financeira para a qual trabalhava e ainda trabalha.

Isso posto, voto no sentido de JULGAR IMPROCEDENTE a presente AÇÃO PENAL, para ABSOLVÊ-LO da acusação de ter incorrido nas penas do art. 4º da Lei 7.492/1986, nos termos do art. 386, VII, do CPP, mantidos, por consequência, os seus direitos políticos”.

106 - O outro voto divergente foi do **Ministro Marco Aurélio**, que considerando o amplo conjunto probatório carreado aos autos, também absolveu Vinícius Samarane, para quem a assinatura, juntamente com outros funcionários do Banco Rural, em relatórios de *compliance*, não o distinguia nem o fazia coautor ou partícipe do crime de gestão fraudulenta (pag. 2881/2882 – numeração do acórdão).

107 - Do voto proferido em relação a Vinícius Samarane, tem-se o seguinte fundamento para a absolvição:

“O que podemos dizer sobre Vinícius Samarane? E vejo que, no papel timbrado do escritório de advocacia, presta-se homenagem a um grande criminalista: Ariosvaldo de Campos Pires, o saudoso Ariosvaldo de Campos Pires. Já se falou, e ouvi – não devo estar

enganado –, que Samarane seria subordinado a Ayanna Tenório. Quanto à absolvição de Ayanna Tenório, não pesa qualquer dúvida. Não logrou o Ministério Público – exceto para o relator –, como lhe incumbia, comprovar a culpa. Por que se está consignando, então, que haveria essa mesma culpa em relação a Samarane, que, inicialmente, foi nomeado diretor do controle interno? **Está-se apontando em razão de relatórios alusivos ao primeiro semestre de 2004 – portanto, posteriores à feitura dos empréstimos –, ao segundo semestre de 2004 e ao primeiro semestre de 2005.**

Será que o fato – li, levei para casa ontem esses relatórios – de haver subscrito esses relatórios, que versam inclusive atividade das agências do Banco, é suficiente a estabelecer-se a culpa do acusado? A resposta – vou repetir o que disse ontem o revisor – é desenganadamente – pelo menos consoante a minha ciência e consciência – negativa. Inexiste crime por presunção. O conteúdo dos relatórios não revela a tentativa de encobrir os descontos, constatamos que, pelo menos, aparecem irrealis – não sei se são realmente fictícios. Não há uma vírgula tendente a alcançar esse objetivo. Fez ver o relator que o acusado foi diretor de controle interno. Lendo os documentos, constatamos que esse controle interno foi implementado não no âmbito econômico-financeiro, não no âmbito da necessidade de o estabelecimento bancário ter respaldo quanto aos empréstimos, mas sob o ângulo administrativo, tudo indicando – e ele seria subordinado à Ayanna, em relação a quem o Tribunal já assentou não ter “culpa no cartório”

- que foi arregimentado para reorganizar o Banco. **Ele não participou sequer, ao contrário de Ayanna, de rolagem da dívida.** Não se revelou que teria contato com Marcos Valério, que o conhecesse, mas, assim mesmo - e não posso, Presidente, dar uma na ferradura e outra no cravo -, diz-se que Ayanna não teve o envolvimento comprovado pelo Ministério Público, mas que Samarane teve. Não creio que se faça distinção presente o gênero, masculino e feminino, porque estaríamos muito mal, em termos de Colegiado maior do Judiciário”.

E concluiu:

“Presidente, ainda que pudesse entender ambígua a situação, caminharia, como convém a todos aqueles que abraçam o exercício dessa missão sublime que é a de julgar, no sentido da absolvição. Antes ter um culpado solto do que um inocente preso. **Não vejo - repito - como distinguir as situações, a menos que potencializemos o cargo por ele ocupado, mas Ayanna foi vice-presidente.** Ele seria um diretor interno, tendo atividade preponderante, como consta dos relatórios, na área administrativa. Há mais, Presidente: subscreveu os relatórios? Subscreveu, mas no primeiro relatório, procedeu em conjunto com outras onze pessoas, no segundo, com outras dez e, no terceiro, com outras oito. Além disso, potencializou-se muito o fato de haver lidado no campo do denominado compliance, e verifico que, no primeiro relatório, por exemplo, lançou a assinatura como membro responsável pelo controle interno, e Carlos Roberto Sanches Godinho - que não foi denunciado -

como responsável pelo setor do compliance. Não temos – já que se potencializa muito a subscrição desses relatórios – a persecução criminal dirigida contra todos os subscritores.

Presidente, reafirmo a fé, mais uma vez, no Direito posto, a fé no julgamento com base nos elementos coligidos, na prova lograda, feita pelo Ministério Público. Descabe generalizar, descabe partir para uma nova doutrina, que seria a admissão do crime por presunção. Subscreeveu os relatórios, ocupou o cargo – em um primeiro passo, nomeado, depois, eleito estatutariamente – de diretor interno e, por isso, apenas por isso, é responsável pela gestão fraudulenta.

Não estou querendo, quando citei os diversos subscritores dos relatórios e afirmei que não foram denunciados, assentar que a ação penal pública é indivisível. Tomo de empréstimo esse dado para dizer – Ayanna não subscreeveu esses relatórios, devo admitir – que a situação de Vinícius Samarane não é diversa da situação, quer de Ayanna – a não ser por ter assinado os relatórios –, quer dos demais que os subscreeveram e não foram apontados pelo Ministério Público como culpados, presente a "historinha" contada na peça primeira da ação penal, que é a denúncia.

Peço vênua aos colegas que dele divergiram para acompanhar, no particular, o revisor. Entendo que, também quanto a Vinícius Samarane, não logrou o Ministério Público comprovar a autoria de prática

delituosa. Absolvo, como já revelei, Ayanna Tenório e Samarane e conluo pela culpabilidade de Kátia Rabello e de José Roberto Salgado.

É como voto na espécie. Consigno estar muito curioso relativamente às demais fatias deste julgamento”.

108 - De fato, é incompreensível e injusta a condenação de Vinícius Samarane, apregoadado no decorrer do julgamento, pelo próprio relator, como réu com culpa menor que da ré Ayanna, absolvida pelo Pleno. Esposou Sua Excelência à época:

“Com relação a Vinicius Samarane, aí, sim, concordo que há **uma responsabilidade menor** (grifei), não pelo fato dele não ter participado, de estar ausente, de não constar no organograma do banco o momento dos fatos...” (pag. 2679)

(...)

“Por essa razão, eu entendo que a situação dele, o grau de responsabilidade e, conseqüentemente de culpabilidade, é menor do que da Ayanna Tenório, que era a superior hierárquica e era a última responsável pela área de *compliance*, a qual ele também era responsável, mas só que na condição de diretor e ela de vice-presidente” (pág. 2679 do acórdão).

109 - Repise-se que a acusação de gestão fraudulenta de instituição financeira decorre de três empréstimos bancários, todos concedidos pelo **Banco Rural** no ano de 2003, a saber:

- um empréstimo de dezenove milhões de reais à empresa SMP&B Comunicação Ltda., em 26/05/03;

- um empréstimo de dez milhões de reais à empresa Graffiti Participações Ltda., em 12/09/03;

- um empréstimo de três milhões de reais ao Partido dos Trabalhadores, em 14/05/03.

110 - Em suma, restou reconhecido nos votos vencidos, acima transcritos, a injusta acusação que é feita ao embargante pela suposta prática do crime de gestão fraudulenta. Como muito bem salientado, há uma questão de mérito que prejudica toda e qualquer avaliação quanto à normalidade e circunstâncias dos empréstimos.

111 - É que a prova do processo é segura em relação ao fato de que:

- OS EMPRÉSTIMOS OBJETO DA PRESENTE AÇÃO PENAL, CONCEDIDOS PELO BANCO RURAL AO PT, SMP&B E GRAFFITI, **NÃO** TIVERAM PARTICIPAÇÃO ALGUMA DO ACUSADO VINÍCIUS SAMARANE, QUE NÃO VOTOU NAS CONCESSÕES EM 2003, NÃO VOTOU NAS RENOVAÇÕES SUBSEQUENTES, NÃO PARTICIPOU DE SUAS FORMALIZAÇÕES E NÃO OS NEGOCIOU;

- QUANDO DA CONCESSÃO DOS EMPRÉSTIMOS, VINÍCIUS SAMARANE SEQUER ERA DIRETOR DO BANCO RURAL, VINDO A SÊ-LO APENAS EM ABRIL DE 2004.

112 - Verdadeiramente, a instrução do processo não trouxe elemento algum que fosse capaz de vinculá-lo ao grupo SMP&B, ao PT e aos

empréstimos. Ao contrário disso, ficou patente nos votos que absolveram o embargante que:

- suas funções eram de pouco conhecimento por parte de diversas testemunhas ouvidas no processo, inclusive funcionários do próprio banco;

- no ano de 2003, época da concessão dos três empréstimos, **não era diretor** do Banco Rural, e sim um dos muitos superintendentes vinculados ao setor administrativo (não operacional), ocupando precisamente a superintendência de controles internos, subordinada a um diretor da instituição (primeiro a João Heraldo dos Santos Lima e, depois da reestruturação administrativa em 2004, à vice-presidente Ayanna Tenório Torres de Jesus);

- na realidade, até abril de 2004, possuía CTPS assinada como mero funcionário;

- nenhuma vinculação tinha com o assunto do Banco Mercantil de Pernambuco, equivocadamente considerado como “motivo” para a inclusão do Banco Rural no esquema do mensalão;

- a sua área não tinha responsabilidade de classificar risco de operações de crédito, o que era de alçada do departamento de crédito totalmente independente.

113 - Quanto à acusação pela suposta prática do delito previsto no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n. 9.613/98, alegou o Ministério

Público que a lavagem supostamente orquestrada consistiria em saques em espécie da conta da SMP&B mantida em Belo Horizonte, com recursos disponibilizados em outras agências, principalmente na agência de Brasília, para funcionários da empresa ou terceiros por ela indicados.

114 - Essa acusação foi feita a todos do Banco Rural indiscriminadamente, mas a **Vinícius Samarane** sem nenhuma base fática e probatória, afinal de contas:

- a relação entre SMP&B e Banco Rural, que remonta à década de 90, sempre esteve concentrada na pessoa do vice-presidente José Augusto Dumont e, comprovadamente, **nunca houve participação de Vinícius Samarane** (este fato foi suficientemente demonstrado na instrução do processo);

- a concessão dos empréstimos e o início da rotina de saques em espécie – fatos deste processo – ocorreram antes de Vinícius Samarane tornar-se diretor do Banco Rural;

- os saques em si e suas repercussões jurídico-administrativas **não foram atribuídas a Vinícius Samarane**, tanto que este **não veio a ser parte no procedimento administrativo instaurado no COAF por este motivo** (procedimento n. 0601340678 - COAF);

- **Vinícius Samarane** tornou-se presidente do **Comitê de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro do Banco**

Rural - responsável formal pelo cumprimento da carta circular 2852 - somente em **31 de março de 2006**.

115 - Além disso, a testemunha **Reginaldo Eustáquio da Silva**, inspetor do Banco Rural, afirmou:

*“... diz que entre 2003 e 2004 o Banco Rural possuía aproximadamente 120 agências e postos de atendimentos; diz que existiam 15 ou 16 diretorias e ainda 25 superintendências (...) diz que **Vinícius Samarane não era diretor nesta época, ascendendo ao cargo após a morte de José Augusto Dumont em 2004** (...) diz o depoente que o seu setor estava subordinado a Vinícius Samarane que por sua vez estava subordinado a Ayanna Tenório (...) diz que na função de superintendente de inspetoria de agências, a época dos fatos, se de alguma forma detectasse ou fosse informado acerca de operações suspeitas ou atípicas era seu dever informar por meio de relatório ao seu superior hierárquico, no caso o acusado o Sr. Vinícius Samarane; **diz que nunca detectou ou foi informado dessas suspeitas, razão pela qual nunca prestou tal comunicação**” (fls. 21.392/21.399 - volume 99).*

116 - Não sendo igualmente responsável por qualquer ação ou rotina operacional relacionada aos saques, a responsabilização de Vinícius Samarane pelo crime de lavagem de dinheiro deu-se, de igual modo, por suposta **OMISSÃO DOLOSA**, relativamente a comunicações ao Banco Central (que não lhe incumbiam), bem como abstenção dos registros das pessoas físicas beneficiárias de saques em espécie, que não a pessoa jurídica, titular dos cheques nominais a si mesma.

117 - Contudo, desprezou-se que no âmbito do departamento de controles internos, vinculado ao ora embargante, todos os saques superiores a R\$ 10 mil efetivamente observaram o preenchimento de formulários de controle de transação em espécie pelo cliente, **assim como foram registradas e comunicadas TODAS as operações superiores a R\$ 100 mil no módulo PCAF 500 do SISBACEN,** informando-se, no campo do sacador, o CNPJ da própria SMP&B, titular do cheque nominal a si mesma, conforme interpretação de TODOS os bancos à **Carta Circular 3098/03.**

118 - De igual modo, a **contabilidade** informatizada do Banco Rural registrou, indelevelmente, o nome das pessoas físicas receptoras de valores, ainda que não fossem, necessariamente, sacadoras para fins e efeitos da CC 3098/03, consequência da corrente interpretação da norma. Afinal, acaso pretendesse ocultar recebedores, o Banco Rural não os registraria em sua contabilidade informatizada.

119 - Assim, incomoda a mais não poder a explícita consideração de que uma mesma e mera conduta **OMISSIVA**, manifestada no conteúdo dos relatórios de *compliance* relativamente a informações sobre empréstimos, renovações, qualidade de crédito, avançando sobre abstenção de registros relativos a saques em espécie e comunicações a órgãos internos e externos, assim entendida como a omissão do superintendente, diretor e diretor estatutário de controles internos e *compliance* possa configurar dois graves crimes a um só tempo: gestão fraudulenta de instituição financeira e lavagem de dinheiro.

120 - Está-se diante de uma condenação por um fato não explicitamente narrado na denúncia e com absoluto e total desprezo à prova processual que indica que, além de não ser diretor estatutário, Vinícius não

participou de modo algum do fato em si - concessão e renovação dos empréstimos, classificação de riscos e rotina de saques em espécie.

121 - Por essas razões, impõe-se fazer prevalecer o entendimento esposado com juridicidade nos votos vencidos acima indicados, através do provimento dos presentes embargos infringentes, absolvendo-se o réu inocente Vinícius Samarane, tanto pelo crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, quanto pelo crime de lavagem de dinheiro.

III. 2 - DA DIVERGÊNCIA QUANTO À APLICAÇÃO DA PENA DO CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA - NECESSIDADE DE PREVALÊNCIA DOS VOTOS VENCIDOS QUE FIXARAM PENA DE 3 ANOS E 4 MESES

122 - Conforme expendido no tópico da admissibilidade recursal, em relação ao crime de gestão fraudulenta, o embargante foi condenado a uma pena total de 03 anos e 06 meses de reclusão e 100 dias multa. Votaram a favor dessa pena os Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Celso de Mello e Ayres Brito.

123 - A divergência quanto à pena aplicada foi materializada pelos votos dos Ministros Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármen Lúcia, que votaram pela pena de 03 anos e 04 meses de reclusão e 100 dias multa.

124 - Importante relembrar que, em relação a este delito, votaram a favor da absolvição do embargante os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

125 - Com efeito, é fato que no caso do embargante, toda e qualquer pena constitui gravíssima injustiça, por todas as razões expendidas em

alegações finais, embargos de declaração e, agora, embargos infringentes.

126 - Nos estritos limites do recurso ora interposto, objetiva-se minimizar essa injustiça, buscando fazer prevalecer o entendimento dos Ministros (três) que divergiram da maioria (quatro) e aplicaram pena mais próxima do mínimo legal.

127 - *Ab initio*, registre-se haver notável incoerência do voto condutor quando afirma ser “elevada” a culpabilidade, mesmo após reconhecê-la menos relevante. Assim como há patente contradição entre as dosimetrias dos dois delitos nos quais o embargante restou incurso.

128 - Embora o objeto da divergência do presente tópico seja apenas a aplicação da pena de crime de gestão fraudulenta, é importante cotejar a dosimetria da pena realizada pelo eminente Relator em relação ao embargante para o crime de lavagem de dinheiro, *verbis*:

“A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se elevada, uma vez que VINÍCIUS SAMARANE, na qualidade de um dos principais dirigentes do Banco Rural S/A à época, atuou, por exemplo, na não comunicação das operações de lavagem de dinheiro ao Banco Central. Não se pode ignorar, ainda, que os valores lavados eram significativamente elevados. Embora a simples existência de inquéritos policiais e o registro de uma ou outra ação penal contra o acusado, por si só, não devam ser utilizados como maus antecedentes, não se pode ignorar situações excepcionais em que se verificam não uma, mas inúmeras ações penais contra o réu, algumas até com

sentença condenatória. Daí por que a análise sobre a presença ou não de maus antecedentes deve ser realizada caso a caso. Não obstante essa minha conhecida posição, tal matéria ainda se encontra pendente de apreciação pelo Plenário desta Corte (HC 94.680 e RE 591.054), razão pela qual, neste caso, considero que VINÍCIUS SAMARANE não ostenta maus antecedentes. Não há dados concretos acerca da conduta social e da personalidade de VINÍCIUS SAMARANE. O motivo do crime, em última análise, foi a intenção de VINÍCIUS SAMARANE de obter recursos indevidos para o banco Rural, do qual era um dos principais dirigentes, graças à proximidade buscada e conquistada por MARCOS VALÉRIO junto ao Governo Federal à época, e aos favores ilícitos prestados, sobretudo, aos integrantes do chamado “núcleo político”. As circunstâncias do ilícito (ressalvadas, para evitar *bis in idem*, as que constituem elementares e as que já foram consideradas) também se mostram desfavoráveis a VINÍCIUS SAMARANE, uma vez que as operações de lavagem de dinheiro se estenderam por mais de dois anos. As consequências do ilícito são próprias da espécie delitiva sob enfoque. Dada a natureza do ilícito, não há que se falar em comportamento da vítima. Assim, atento ao disposto nos arts. 59 e 68 do Código Penal, e no art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/1998 (na redação anterior à Lei 12.683/2012, que manteve no mesmo patamar a pena abstratamente cominada), fixo a pena-base de VINÍCIUS SAMARANE em três anos e dois meses de reclusão, mais oitenta dias-multa (CP, art. 49, *caput*). O simples fato de haver diferentes beneficiários nas operações de lavagem de dinheiro, por si só, não impõe o reconhecimento do

concurso material entre elas (CP, art. 69), como quer o Ministério Público Federal. Como tais operações foram praticadas nas mesmas circunstâncias, deve incidir a regra do crime continuado (CP, art. 71). Sendo assim, elevo a pena em dois terços, resultando em cinco anos, três meses e dez dias de reclusão, mais cento e trinta e três dias-multa, visto que foram cometidas quarenta e seis operações de lavagem de dinheiro em continuidade delitiva (CP, art. 71). A acusação, em alegações finais, pede a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no § 4º do art. 1º da Lei 9.613/1998 (na redação anterior à Lei 12.683/2012), dada “a circunstância de os delitos de lavagem de dinheiro terem sido praticados de forma habitual, haja vista que a denúncia descreveu mais de sessenta episódios consumados ao longo do tempo” (fls. 45.371). Ocorre que a reiteração de condutas configuradoras de lavagem de dinheiro, quando verificada nas mesmas circunstâncias (como se dá no caso), atrai a regra do crime continuado (CP, art. 71). Daí por que, no caso, sob pena de *bis in idem*, não vejo como aplicar, suplementarmente, a causa especial de aumento de pena descrita no art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/1998, que se refere à hipótese de o crime em questão ser “cometido de forma habitual”, visto que o disposto no art. 71 do Código Penal já foi aplicado. À falta de outras circunstâncias (atenuantes ou agravantes), bem como de causas de diminuição ou aumento (CP, art. 68), torno definitiva a pena de cinco anos, três meses e dez dias de reclusão, mais cento e trinta e três dias-multa para VINÍCIUS SAMARANE”.

129 - Em relação ao crime de gestão fraudulenta, a análise das circunstâncias judiciais foi, essencialmente, **idêntica**. Com efeito, as únicas mudanças se referem à espécie de omissão delituosa citada na culpabilidade – no crime de lavagem de dinheiro, o relator menciona a conduta do réu de não comunicar as operações de lavagem de dinheiro ao Banco Central e, na gestão fraudulenta, de deixar de apontar a desconformidade de operações de crédito realizadas pelo Banco Rural com as normas aplicáveis à espécie, especialmente as do Banco Central – além do diverso período de tempo que durou cada delito, mencionado na apreciação do parâmetro denominado **circunstâncias** do ilícito.

130 - Ora, não há rigorosamente modificação alguma na valoração das circunstâncias judiciais em relação a cada delito. São absolutamente as mesmas. Em ambos os delitos, o Relator considera a culpabilidade, os motivos e as circunstâncias como desfavoráveis ao embargante e os termos do juízo de valor são exatamente os mesmos, idênticos.

131 - Entretanto, as penas fixadas na primeira etapa do procedimento trifásico são diversas (?), ou seja, três anos e dois meses de reclusão para o delito de lavagem de dinheiro e três anos e seis meses para o crime de gestão fraudulenta. Se a sanção mínima cominada aos ilícitos penais é exatamente a mesma (três anos) e não se adota na lei penal brasileira um critério **matemático** para dosagem da pena-piso, qual a justificativa para a exasperação diferenciada?

132 - Note-se que a diferença é muito significativa: em um caso, a fixação da pena base foi um sexto acima da pena mínima, ou seja, quase dezessete por cento e, no outro, foi pouco acima de cinco por cento.

133 - O que é mais importante: a culpabilidade, como anteriormente demonstrado, foi considerada pelo próprio Relator como “menor” em relação ao embargante. Disse Sua Excelência:

“Eu acho que a culpabilidade dele é menor sim, do que a dos outros.” (p. 2684 do acórdão)

134 - Ora, se a culpabilidade do embargante era reduzida e, desta forma, favorável, deveria ter sido a pena base fixada no mínimo legal, até porque este é o critério preponderante na aplicação da sanção na primeira fase, como ensina Paganella Boschi:

“Inobstante reconhecermos a extraordinária utilidade prática e jurídica das citadas regras, parece-nos indiscutível que o modo como elas vêm sendo usadas pelos aplicadores do direito penal enseja forte crítica, **por conduzir à falsa suposição de que todas atuam com independência e pesos idênticos ao da culpabilidade, quando, em verdade, a função delas é auxiliar o juiz, como meras coadjuvantes, seu trabalho de graduação desta última (...) Segue-se, então, que a análise dos elementos da culpabilidade, e, depois, das circunstâncias judiciais - isoladamente consideradas - cria um quadro favorável à consideração do mesmo fator em mais de uma oportunidade, em descompasso com o único critério a ser empregado para a medição da pena: o da culpabilidade, que além de fundamentá-la atua como barreira não ultrapassável nessa medição, segundo propõem os sistemas jurídicos que recusam a responsabilidade objetiva ou sem culpa.**”

(In Das Penas e seus Critérios de Aplicação, Ed. Livraria do Advogado, p. 225-226- grifos não constam do original).

135 - Além da parte dispositiva da decisão ser contraditória com a fundamentação do corpo do voto, vê-se que a análise da culpabilidade para fixação da pena base pelo eminente Relator foi equivocada, pois simplesmente repetiu a própria conduta reconhecida como ilícita, confundindo elementares do crime com juízo de culpabilidade.

136 - Assim, do acórdão não consta a indispensável graduação dos elementos estruturantes da culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) como era o correto fazer.

137 - E, dessa forma, quando se referiu à culpabilidade no crime de gestão fraudulenta, mencionou o fato de **não apontar a desconformidade das operações de crédito realizadas pelo Banco Rural com as normas aplicáveis à espécie**, especialmente as do Banco Central e também (que é a própria conduta omissiva incriminada!) o **expressivo valor dos empréstimos simulados** (circunstância estranha ao campo da culpabilidade). Enfim, mais do mesmo, meras descrições dos ilícitos atribuídos como razão da responsabilização do embargante.

138 - Vê-se, pois, que a valoração da culpabilidade do embargante foi uma simples e superficial repetição descritiva dos crimes a ele imputados. E assim, o que tinha para ser valorado, que era sua menor culpabilidade, reconhecida no decorrer do julgamento, foi contraditoriamente anunciada como reprovabilidade “elevada”.

139 - No que toca ao crime de gestão fraudulenta, a valoração da circunstância temporal na primeira fase da aplicação da pena é

manifestamente equivocada na medida em que, tratando-se de **delito habitual**, a reiteração do comportamento delituoso ao longo do tempo integra a própria definição do crime, ou seja, a sua estrutura jurídica. Da lição de Paganella Boschi, tem-se:

“Cuidará o magistrado, por isso, de evitar a dupla valoração, como explicamos linhas atrás, quando da análise dos motivos do crime, preterindo a incidência da circunstância na pena-base, em favor da sua incidência na segunda ou na terceira fase do método trifásico, conforme o caso.” (Obra citada, p. 216)

140 - Não bastasse, o voto condutor se absteve de valorar aspectos da personalidade e conduta social do embargante, limitando-se, no campo subjetivo, a censurar os **motivos**, tidos como desfavoráveis.

141 - Ora, é de amplo conhecimento a crítica da doutrina às circunstâncias subjetivas **da personalidade, da conduta social e dos motivos**, em especial à possibilidade de arbítrio judicial na sua apreciação. Salo Carvalho formula, com precisão, argumento combativo ao criticar em tais parâmetros *“o emprego de elementos essencialmente morais, desprovidos de significado, sem averiguabilidade probatória e, conseqüentemente, isentos de possibilidade de refutação empírica”* (Aplicação da Pena e Garantismo, Lúmem Júris, 2002, p. 32).

142 - O voto condutor até poderia trilhar pelo caminho de relegar à inexistência os *“dados concretos acerca da conduta social e da personalidade de VINÍCIUS SAMARANE”* (p. 6444), neutralizando todas as circunstâncias subjetivas. Entretanto, valorou negativamente os motivos, identificados por **mera presunção**, sem nenhum **dado concreto**.

143 - A propósito, a valoração dos motivos, entendidos como relacionados à obtenção de recursos indevidos para o Banco Rural, se apresenta absolutamente comum e ordinária na espécie criminosa, ou seja, lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta, nada havendo de especial a justificar a exasperação da pena base.

144 - Afinal, ainda que se reafirme a inocência do embargante, tem-se que o suposto motivo de delitos em questão – lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta – relaciona-se, em tese, com ganho financeiro ou patrimonial, razão pela qual não poderiam ser considerados com especial reprovação como circunstância da pena.

145 - Em síntese: o voto condutor do eminente Ministro Relator Joaquim Barbosa é flagrantemente contrário ao princípio constitucional da individualização das penas que se efetiva, no âmbito judicial, pela correta aplicação do procedimento trifásico, absolutamente violado na dosimetria da pena do embargante.

146 - Logo, diante de todas essas considerações, deparando-se com a divergência entre os votos quanto à pena aplicada pelo delito de gestão fraudulenta – os votos vencedores propuseram 3 anos e 6 meses e, os votos vencidos, 3 anos e 4 meses – impõe-se reconhecer que a segunda proposição de pena, contida nos votos minoritários, melhor se coaduna com as regras de individualização da pena, com os critérios do artigo 59 do CP e com a pessoa do réu condenado, ora embargante.

147 - Por tais motivos, o embargante espera o provimento do seu recurso, fazendo prevalecer os votos vencidos neste particular, fixando-se a pena do delito de gestão fraudulenta em 3 anos e 4 meses de reclusão, caso possa prevalecer a condenação a esse título.

III. 3 - DA DIVERGÊNCIA QUANTO À APLICAÇÃO DO *QUANTUM* DE AUMENTO DE PENA PELA CONTINUIDADE DELITIVA NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO - NECESSIDADE DE PREVALÊNCIA DOS VOTOS VENCIDOS QUE APLICARAM O AUMENTO EM 1/3

148 - Há decisão não unânime quanto à aplicação do aumento pela continuidade delitiva no crime de lavagem de dinheiro.

149 - O embargante foi condenado a uma pena base de 03 anos e 02 meses de reclusão que, aumentada em 2/3 pela continuidade delitiva, restou fixada no total em 05 anos, 03 meses e 10 dias de reclusão. Votaram a favor dessa pena os Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Ayres Brito.

150 - A divergência quanto à pena veio nos votos dos Ministros Dias Toffoli e Rosa Weber que votaram a favor de uma sanção menor, ou seja, a pena base fixada em 03 anos e 02 meses de reclusão, mas exasperada de 1/3 pela continuidade delitiva, perfazendo o total de 04 anos e 02 meses de reclusão.

151 - A divergência também restou manifestada nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que votaram pela absolvição do embargante e que, somente por isso, não puderam, até então, manifestarem-se sobre pena que, por certo, não haveria de ser a mais gravosa.

152 - Pois bem, o constitucionalista Paulo Bonavides conceitua o Princípio da Proporcionalidade como aquele *“que se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”* (in Curso de

Direito Constitucional, p. 357). Aponta, ainda, que haverá violação do aludido princípio *“toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados”*.

153 - A norma do art. 71 do Código Penal tem natureza político-criminal, como ensina Manoel Pedro Pimentel:

“... a figura do crime continuado é uma ficção jurídica, resultando nitidamente de uma disposição de lei, e tem como finalidade temperar o excesso decorrente da aplicação do princípio rígido da acumulação material de crimes”.

154 - No caso concreto, é inegável o equívoco na aplicação, por maioria, da majorante da continuidade delitiva em relação ao embargante, pois o percentual máximo de aumento não representou adequação da regra ao princípio da proporcionalidade punitiva.

155 - Pelo contrário: a **pena total** aplicada a Vinícius Samarane é um nítido excesso, maior do que a sanção mínima prevista para o crime de homicídio ou mesmo para o hediondo delito de estupro de vulnerável.

156 - Seguindo-se a lição de Bonavides, é flagrante a ofensa ao princípio da proporcionalidade pelo critério adotado no acórdão embargado para fixar o percentual de aumento da pena em face da continuidade delitiva, pena esta que não foi corretamente **dosada**, no sentido literal da palavra, como lembrado pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

157 - Acaso pudesse prevalecer condenação de Vinícius a título do crime de lavagem de dinheiro, verificar-se-ia que o aumento de pena

arbitrado em 2/3 pela continuidade delitiva, fundado simplesmente na reiteração por mais de seis vezes de crimes de lavagem de dinheiro pela pluralidade de pessoas e saques em espécie ao longo de cerca de dois anos, exprime flagrante **contradição** com o princípio da proporcionalidade.

158 - É que o v. 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 (2/3) previsto no artigo 71 do Código Penal.

159 - 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 cada caso, oferecendo balizas tão largas (1/6 a 2/3) e libertando-o de critérios apriorísticos, o acórdão se encaminhou na direção exatamente contrária, incidindo em contradição que atenta contra o princípio da proporcionalidade, contraditoriamente invocado como inspiração para decidir.

160 - Com efeito, quando a lei “desconfia” dos critérios do juiz, prevê aumentos fixos, não dá margem à discricionariedade ou estabelece estreitos limites. Por outro lado, quando confia no juiz, libera-o de critérios objetivos, amplia margens, deixa-o livre para ponderar e decidir no caso concreto.

161 - *In casu*, o juiz desconfiou de seu próprio critério e excluiu sua margem para decidir, incidindo em contradição que reside no estabelecimento de critério objetivo e desproporcional, com invocação do princípio da proporcionalidade.

162 - O **Ministro Celso de Mello** propôs tabela para o aumento, colacionando julgados do STJ e de outros tribunais como paradigma, a saber: HC 97.181-GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, mas o julgado se refere à continuidade delitiva em crimes de atentado violento ao pudor contra duas vítimas menores de 14 anos ao longo de aproximadamente um ano; HC 128.297/SP, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, mas o julgado se refere à continuidade delitiva em crimes de roubo majorado e roubo tentado; HC 140.950/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, mas o julgado se refere a crimes de atentado violento ao pudor e roubo; HC 141.884/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, que se refere à continuidade delitiva em 75 crimes de peculato; HC 153.641/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, cujo julgado se refere à continuidade delitiva em nada menos que quatro crimes de homicídio; RT 683-345/346, que se refere à continuidade delitiva em 4 crimes de furto; e RT 731-587/588, que se refere à continuidade delitiva em 2 crimes de estelionato.

163 - Fica evidente, portanto, que tão distinta natureza de infrações consideradas neste e noutros casos conduz a uma absurda desproporcionalidade, ante a adoção do mesmo critério quantitativo, matemático e objetivo para tão diversos crimes.

164 - Deste modo, ao desconsiderar a natureza da infração, elemento essencial para compreensão da relevância da reiteração na continuidade delitiva, o acórdão igualou o aumento máximo de 2/3 em virtude de reiteração superior a seis vezes com dez, vinte, cinquenta vezes, tanto quanto com cem, duzentas ou trezentas operações de lavagem de dinheiro através de ordinárias operações bancárias de saques em espécie.

165 - Vale dizer, pelo critério adotado, toda reiteração superior a seis vezes, não importa o crime, não importa a pena ou suas circunstâncias levará ao máximo aumento legalmente admitido (?!).

166 - Todavia, a reiteração superior a seis roubos, seis estelionatos ou seis atentados violentos ao pudor não pode ser proporcional ao aumento máximo de 2/3 pela reiteração superior a seis crimes de lavagem de dinheiro, ainda mais pela singela reiteração de saques em espécie numa instituição financeira.

167 - Lembre-se que a condenação se refere, segundo o que este STF assentou até aqui, 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.

168 - Com efeito, a reiteração de saques de certo volume de recursos depositados numa instituição financeira, que se dilui no tempo mediante ordinárias operações bancárias viabilizadoras do pagamento a várias pessoas, realizadas com a mesma finalidade e pelo mesmo motivo, não pode ser comparada às razões que orientaram a adoção do critério matemático sugerido em tabela (mais de seis vezes) para outros tantos crimes.

169 - Não são outras as razões que orientaram os votos vencidos dos **Ministros Rosa Weber e Dias Toffoli** que, sem a mesma contradição ou desproporcionalidade, adotaram o aumento de 1/3 em razão da continuidade delitiva.

170 - Invocam-se, em conclusão, os fundamentos do voto vencido da Ministra Rosa Weber, a seguir transcritos:

“A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Relator quanto à pena-base, quanto à multa e quanto às penas acessórias, mas divirjo apenas naquela posição vencida com relação ao acréscimo decorrente da continuidade delitiva. E justifico, Senhor Presidente: o artigo 71 do Código Penal autoriza e dá ao juiz a possibilidade do acréscimo de até dois terços, como um limite máximo. Quando o eminente Ministro Celso de Mello trouxe a tabela, passei a acompanhá-lo com relação aos crimes de corrupção, porque já havia acompanhado o voto do eminente Relator, mas, com relação ao crime de lavagem de dinheiro, estava acompanhando o eminente Revisor, com o acréscimo de um terço apenas. Então, por uma questão de coerência com aquelas penas relativamente às quais votei quanto a esses outros réus, aqui as mantenho até o final do julgamento, sem prejuízo eventualmente revermos todas essas penas em momento posterior. Então, Senhor Presidente, é como voto. A minha pena final em lavagem para Vinícius Samarane é de 4 anos, 2 meses e 20 dias.”

171 - Com essas considerações, pede-se o provimento dos presentes embargos infringentes, fazendo prevalecer o que decidido nos votos até aqui vencidos, determinando-se o aumento pela continuidade delitiva em 1/3, *quantum* mais razoável, mais proporcional e mais tecnicamente recomendável à espécie de lavagem de dinheiro ora considerada.

IV - CONCLUSÃO

Ex positis, pede-se o **CONHECIMENTO** e o **PROVIMENTO** dos presentes **EMBARGOS INFRINGENTES**, com a reforma do v. Acórdão para:

- i) prevalecer os votos minoritários dos Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, com a consequente absolvição do embargante Vinicius Samarane da acusação de prática dos crimes de lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta de instituição financeira;

Subsidiariamente:

- ii) prevalecer os votos minoritários dos Ministros Dias Toffoli, Rosa Weber e Cármen Lúcia em relação ao crime de gestão fraudulenta, aplicando-se a pena privativa de liberdade de 03 anos e 04 meses de reclusão;
- iii) prevalecer os votos minoritários dos Ministros Dias Toffoli e Rosa Weber em relação ao crime de lavagem de dinheiro, aplicando-se a pena privativa de liberdade de 04 anos e 02 meses de reclusão, considerado o aumento de um terço pela continuidade delitiva;

- iv) proceder, face à pretendida redução da pena do embargante, a novo procedimento de unificação com soma das reprimendas, fixando, em decorrência, da modificação do *quantum*, o regime inicial semiaberto para início de cumprimento da sanção.

Pede deferimento.

De Belo Horizonte para Brasília, 15 de Outubro de 2013.

MAURÍCIO DE OLIVEIRA CAMPOS JÚNIOR

Advogado - OAB/MG 49.369

RODRIGO OTÁVIO S. PACHECO

Advogado - OAB/MG 80.642