

José Carlos Dias
Luís 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 Presidente Relator da Ação Penal nº
470 do Supremo Tribunal Federal**

KÁTIA RABELLO, por seus advogados, com fundamento no artigo 333, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, vem perante Vossa Excelência opor **EMBARGOS INFRINGENTES**, o que faz pelos motivos a seguir expostos.

1. O Acórdão Embargado

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).

Os Embargos Infringentes são concernentes à divergência estabelecida com relação ao crime de quadrilha, em que há quatro votos divergentes pela absolvição da embargante, da lavra dos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Carmen Lúcia e Dias Toffoli. Também há quatro votos divergentes com relação a aplicação da pena do crime de quadrilha, da lavra do Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio, os quais serão abordados ao final.

Os fundamentos adotados pela maioria para a condenação, como se colhe do voto condutor do Ministro **Joaquim Barbosa**, são os seguintes:

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

(...)

Já os integrantes do chamado ‘núcleo financeiro’, composto pelo ‘principais dirigentes do Banco Rural à época’,

‘[v]isando à obtenção de vantagens indevidas, consistentes no atendimento dos interesses patrimoniais da instituição financeira que dirigiam, proporcionaram aos outros dois núcleos o aporte de recursos que viabilizou a prática dos diversos crimes objeto da acusação, obtidos mediante empréstimos simulados, além de viabilizarem os mecanismos de lavagem que permitiu o repasse dos valores aos destinatários finais’ (fls. 45.091-45.092).

O extenso material probatório, sobretudo quando apreciado de forma contextualizada, demonstra a existência de uma associação estável e organizada, formada pelo denunciados, que agiam com divisão de tarefas, visando à prática de delitos, como crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de lavagem de dinheiro (fl. 57.388).

(...)

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

sucessivas renovações dessas operações de crédito, desconsiderando, tanto a manifesta insuficiência financeira dos supostos mutuários e das garantias por eles ofertadas e aceitas pelo banco Rural, quanto as análise da área técnica e jurídica da própria instituição financeira”. (fl. 57.438-57.439).

O voto vencido do Ministro **Ricardo Lewandowski** decidiu em sentido diverso, acompanhando os argumentos proferidos pelas Ministras **Rosa Weber** e **Carmem Lúcia**, quando do julgamento do item VI da denúncia:

“Essa é uma questão teórica da mais alta significância, Senhor Presidente. A convivência da quadrilha com a coautoria não é automática. É preciso que se façam as distinções, de maneira tecnicamente apurada, para que se possa ir além de uma série de crimes cometidos em coautoria, na forma do artigo 29 do Código Penal, para ingressarmos numa figura mais grave, ou conjugada àquela primeira, que é justamente a formação de quadrilha ou bando a que alude o artigo 288 do Código Penal (fl. 57470).

(...)

Então nós precisarmos verificar se essa quadrilha que o Ministério Público imputa aos réus tinha ou não este escopo: colocar em risco a incolumidade pública ou a paz social; ou se, simplesmente, houve um concurso de agentes, conforme o art. 29 do Código Penal, para praticar alguns crimes pelos quais, aliás, estão respondendo e muitos estão sendo condenados (fl. 57472).

(...)

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

(...)

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

delitos indeterminados. Ou seja, a prática de crimes, é o *modus vivendi* dos quadrilheiros.

Note-se que há mais uma característica – também aventada pelas duas ilustres Ministras : o fulcro, o objeto, o bem jurídico tutelado pelo artigo 288 do Código Penal é justamente a paz pública. Para se ter como configurado esse tipo penal, é preciso verificar, assim, se a conduta dos réus que foram incluídos nesta Ação Penal 470 teve estas características : a prática de uma série de crimes indeterminados; uma conjunção de pessoas interligadas por um mesmo interesse, portanto, subjetivamente; e se realmente – amenos que se entenda de forma muito lata – houve uma ameaça à paz pública (fls. 57.473-57.474).

(...)

Sendo crime complexo, plurissubjetivo, perpetrado necessariamente por vários autores, assemelha-se aos delitos societários, para cuja persecução penal se exige a descrição da conduta, penalmente relevante, de cada um dos autores, não bastando, para caracterizá-lo, mera narrativa genérica.

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

A existência, na denúncia, de indícios, ou mesmo de provas reveladoras da prática de diversos delitos, à evidência, não pode ser suficiente para a tipificação do crime de formação de quadrilha em todas as imputações.

Delito autônomo que é, o crime de formação de quadrilha possui contornos próprios, tais como, estabilidade, permanência, número mínimo de participantes, liame subjetivo entre os membros, o desejo de praticar uma série indeterminada de crimes, etc.

Com efeito, não basta, para a caracterização do delito de quadrilha, a simples coautoria em diversos crimes, de forma continuada ou em concurso material, se não ficar evidenciado que

os coautores se associaram, de forma estável e permanente, para o fim de praticá-los.

A expressão “quadrilha”, empregada no sentido comum, popular, leigo, da palavra – e não em sua acepção técnico-jurídica – e veiculada à exaustão na denúncia e nas alegações finais da acusação, e, conseqüentemente, pelos meios de comunicação, não pode, *data vênia*, impor-se a esta Suprema Corte, de forma indiscriminada, para todas as imputações que foram assacadas pelo Ministério Público contra os réus (fl. 57.477-57.478).

(...)

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

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

Ademais, Senhor Presidente, foi dito da tribuna - e isto é algo que me sensibilizou muito - alguns advogados, naquele espaço privilegiado, sagrado até, porque é o local onde a cidadania exerce a sua derradeira defesa - há, claramente, um excesso de imputação contra os réus. Ou seja, imputou-se a alguns réus uma série de crimes, alguns dos quais, talvez, pudessem ser

dispensados; ou, talvez, não estivessem ou não estejam efetivamente caracterizados com aquela precisão técnica que se exige de uma denúncia.

Então, por todas essas ponderações que faço com toda a humildade, como um aprendiz permanente do Direito – porque ninguém jamais domina inteiramente este imenso domínio do saber humano e da técnica de convivência que é o Direito – concluo julgando improcedente a acusação de formação de quadrilha com relação a todos os réus desse item II e também dos réus constantes no item VI, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal” (fl. 57481).

Voto da Ministra Rosa Weber:

“Na minha ótica, na esteira dessa abalizada doutrina, a indeterminação da prática de crimes na ação final é a base para a diferenciação de bando e concurso de agentes puro e simples, à luz do art. 288 do Código Penal (fl. 53.042)

(...)

Ora, tenho como indiscutível – renovando meu pedido de vênia aos que pensam de forma diversa-, que os chamados núcleos político, financeiro e operacional envolvidos nesta ação penal jamais imaginaram formar uma associação para delinquir, uma *societas sceleris* com o objetivo de sobreviverem, usufruírem – ou se locupletarem – com o produto dos crimes resultantes de sua atuação.

(...)

Delineada, isto sim, data venia, hipótese de coautoria, traduzindo, a meu juízo, o fato de os crimes terem sido praticados em série e por tempo considerável, continuidade delitiva, e não a existência de quadrilha ao feito legal.

Em síntese, à compreensão de que só existe quadrilha ao feito legal quando o acerto de vontades entre os integrantes do grupo visa a uma série indeterminada de delitos, é dizer, à compreensão

de que o tipo penal exige que a associação se faça para a prática de crime com indeterminação na ação final e de que o tipo penal diz com as sociedades engendradas para o crime com a finalidade de, por formas diversificadas e imprevistas, usufruir dos produtos auferidos com ações criminosas indistintas, caso, exemplificativamente, de grupos formados para assaltar, roubar, falsificar, sequestrar, extorquir, conluo pela inviabilidade de reputar tipificado o artigo 288 do Código Penal, na espécie, com a consequente absolvição de todos os réus, forte no art. 386,III, do Código Penal.

Registro, à demasia, não identificar, em qualquer hipótese, à luz dos fatos e provas dos autos, nos agentes dos crimes específicos já reconhecidos por este Plenário contra os quais se dirige a presente imputação, o dolo de criar ou participar de uma associação criminosa autônoma com vista à prática de crimes indeterminados. Identifico, é certo, em alguns desses agentes os dolos inerentes à prática de crimes em série de peculato, lavagem de capitais, corrupção e gestão fraudulenta, consoante me manifestei ao longo deste julgamento, inconfundíveis, contudo com dolo de associação criminosa “ (fls. 53.046-53.047).

Voto da Ministra Carmem Lúcia:

“Então, o que me parece aqui? É que o bem jurídico tutelado - que o Ministro Joaquim tão bem enfatiza -, quer dizer, não pode ter um corte, de que serviria apenas para um determinado tipo de crime, e assim não é. O exemplo dado pelo Nelson Hungria e o exemplo normalmente citado é exatamente o do bando de Lampião: praticam-se crimes. E a só constituição da quadrilha, a chegada de um bando numa determinada localidade é suficiente para trazer o desassossego. E, portanto, para que se considere como crime autônomo o crime de quadrilha, a meu ver, seria necessário realmente que se firmasse uma associação de maneira estável e permanente para a prática de crimes em geral (fl. 57.511)

(...)

Então, por essa razão é que eu acolho o que Vossa Excelência afirma, que também temeria se tivesse acontecendo, mas que a minha divergência, neste caso, é por eu entender que a prática dos crimes pelos quais estão respondendo esses réus não foram praticados simplesmente porque uma associação se constituiu para tais práticas, mas tais práticas, tais condutas ilícitas constituem situações, ao lado de outras que foram praticadas ilicitamente, e no exercício de cargos, quer cargos de poder, quer cargos de empresa pelas quais respondem por esses crimes, mas não porque tenham se associado de forma estável e permanente para praticar crimes. Tanto que essas reuniões eram conjunturais, e nós já vemos que dos grupos ora participam alguns deles, ora participam outros. Os encontros eram conjunturais na busca sempre de interesses privados e, quanto a isso, eu acolho o que Vossa Excelência afirma (fl. 57.513).

Mas já antecipo, para não ter que usar outra vez a palavra, o meu voto no sentido de acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Lewandowski, que absolveu os réus da imputação deste item II da denúncia, com a devida vênia, mais uma vez, repetindo, ao Ministro-Relator” (fl. 57.514).

Voto do Ministro Dias Toffoli:

“Não vislumbro ter havido a associação dos acusados para a prática, por período indeterminado, de crimes. No caso, o crime de quadrilha ou bando reúne a meu ver dois elementos indispensáveis à sua configuração, quais sejam, a reunião de mais de três agentes e a associação estável ou permanente para a prática de crimes (fl. 57.768).

Com efeito, caso os crimes já estejam preestabelecidos e a associação seja formada no intento de praticar aqueles crimes,

teremos, na espécie, uma coautoria, assim como destacou a Ministra **Rosa Weber**, quando da análise da questão em seu judicioso voto” (fl. 57.769).

2. Razões para a reforma

2.1 Absolvição pelo crime de quadrilha

Os argumentos dos votos vencidos devem prevalecer. Kátia Rabello deve ser absolvida da acusação do crime de quadrilha, hoje denominado associação criminosa.

Virou moda, mania, os réus serem acusados de pertencerem a quadrilha ou bando. O Poder Judiciário deve filtrar os excessos, evitando confusão entre coautoria e quadrilha.

O simples fato de haver mais de quatro pessoas no pólo passivo da ação penal não chancela a acusação de quadrilha ou bando. Como salientou a Ministra Rosa Weber, “os chamados núcleos político, financeiro e operacional jamais imaginaram formar uma associação para delinquir, uma *societas sceleris* com o objetivo de sobreviverem, usufruírem – ou se locupletarem – com o produto dos crimes resultantes de sua atuação” (fl. 53.046).

Com efeito, como fundamentado nos quatro votos divergentes, o crime de quadrilha ou bando exige prova de permanência e de estabilidade da associação criminosa, com a finalidade preestabelecida para prática de crimes indeterminados. Essa prova não foi produzida.

Como alerta o Ministro Lewandoswki, quadrilha não é algo que se deva agregar à imputação a título de aumento da sanção (fl. 57.480).

Quadrilha é crime autônomo, com elementos próprios, e que exige prova autônoma. Vale citar Hungria para lembrar as profundas diferenças dogmáticas entre os conceitos de: **(a) co-participação criminosa** [*“ocasional e transitório concerto de vontades para determinado crime”*] e **(b) quadrilha** [*“duradoura atuação em comum, no sentido da prática de crimes não precisamente individuados”*]:

“Associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se estável ou permanentemente, para a consecução de um fim comum. À quadrilha ou bando pode ser dada a seguinte definição: reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes. A nota de estabilidade ou permanência da aliança é essencial. Não basta, como na ‘co-participação criminosa’, um ocasional e transitório concerto de vontades para determinado crime: é preciso que o acordo verse sobre um duradoura atuação em comum, no sentido da prática de crimes não precisamente individuados ou apenas ajustados quanto à espécie, que tanto pode ser uma única (ex. roubos) ou plúrima (exs.: roubos, extorsões e homicídios). Outra diferença entre o crime em exame (*societas delinquendi*) e o acordo na co-participação criminosa (*societas criminis* ou *societas in crimine*) é que esta se exime de pena no caso de *delictum non secutum* (art. 27). Não é de confundir-se uma coisa com outra ainda no caso que a co-participação ocorra em crime continuado, pois, mesmo em tal hipótese, inexistente organização estável entre os co-autores.”¹

A convivência da “quadrilha com a coautoria não é automática”, destaca o Ministro Lewandoswki. Trata-se de “figura mais grave”, que coloca em risco incolumidade pública ou a paz social (fl. 57.472).

A condenação da embargante pelos crimes de gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro e evasão de divisas não pode ser suficiente para a

¹ Nelson Hungria, in Comentários ao Código Penal, Ed. Forense, 2ª ed., 1959, Vol. IX, p. 177/178.

tipificação do crime de quadrilha. Segundo o Ministro Lewandowski, a norma do artigo 288 se enquadra na hipótese de uma organização criminosa permanente para a prática de sucessivos, incontáveis, delitos indeterminados. Na quadrilha, "a prática de crimes" é o **modus vivendi** dos quadrilheiros" (fls. 57.473 - 57.474).

Para a Ministra Rosa Weber, a "indeterminação da prática de crimes na ação final é a base para a diferenciação de bando e concurso de agentes puro e simples, à luz do art. 288 do Código Penal" (fl.53.042). São sociedades, explica a ministra, "engendradas para o crime", sociedades constituídas com a "finalidade de, por formas diversificadas e imprevistas, usufruir dos produtos auferidos com ações criminosas indistintas, caso, exemplificativamente, de grupos formados para assaltar, roubar, falsificar, sequestrar, extorquir..." (fl. 53.047).

Também sobre a indeterminação da prática de crimes na ação final, manifestaram-se a Ministra Carmem Lucia e o Ministro Dias Toffoli:

"E, portanto, para que se considere como crime autônomo o crime de quadrilha, a meu ver, seria necessário realmente que se firmasse uma associação de maneira estável e permanente para a prática de crimes em geral" (fl. 57.511).

"Com efeito, caso os crimes já estejam preestabelecidos e a associação seja formada no intento de praticar aqueles crimes, teremos, na espécie, uma coautoria, assim como destacou a Ministra Rosa Weber, quando da análise da questão em seu judicioso voto" (fl.57.769).

Registre-se que a acusação por quadrilha não aponta fatos concretos que indiquem a materialização dos elementos do tipo penal e não individualiza responsabilidades. Preocupada em atingir a instituição Banco Rural, a denúncia agiu como rolo compressor nivelando as acusações contra

seus dirigentes. Presumiu responsabilidades de forma indiscriminada, estabeleceu vinculações entre pessoas que jamais se conheceram ou partilharam interesses. Em seu voto, o Ministro Lewandowski alerta para o risco da denúncia genérica, que acaba por cair no terreno da responsabilidade penal objetiva (fl. 57.481).

O representante do Ministério Público ignorou as distinções dogmáticas entre formação de quadrilha e concurso de pessoas. No afã de intensificar a carga punitiva a qualquer preço, denunciou pelo crime de quadrilha sem a preocupação de apontar provas autônomas que demonstrem a existência de vínculo associativo estável e permanente voltado à prática de crimes, entre os administradores do Banco Rural e os demais denunciados.

De acordo com o voto do Relator, o núcleo financeiro agiu com *“unidade de desígnios e em divisão de tarefas própria de uma quadrilha organizada”*. O Ministro-relator identifica unidade de desígnios como associação permanente com finalidade criminosa entre pessoas que jamais compartilharam interesses. Não há ponto de contato entre os projetos políticos dos integrantes do governo federal e do Partido dos Trabalhadores e as atividades profissionais da embargante no presente processo. Não há prova de associação estável e permanente entre tais pessoas com o objetivo de praticar crimes.

José Augusto Dumont, falecido no início de 2004, foi durante anos o contato de Marcos Valério no Banco Rural. Os empréstimos para as empresas SMP&B Comunicação Ltda e Graffite Participações Ltda. foram celebrados por seu intermédio. Após sua morte, coube aos novos dirigentes assumir o comando da instituição, dando sequência a negócios já celebrados. O fato de Marcos Valério, por meio de suas empresas, ter tido relações comerciais com o Rural não indica consciência da embargante sobre a existência de esquema de compra de votos de parlamentares ou de

pagamento de dívidas de campanhas pelo Partido dos Trabalhadores. Kátia soube do “caso mensalão” pela imprensa, quando da entrevista do ex-deputado Roberto Jefferson para a Folha de S. Paulo.

Não se deve olvidar que, como regra, as pessoas se unem para exercer atividades comerciais ou financeiras lícitas e isto em nada se coaduna com o crime de formação de quadrilha. Não se deve admitir imputação automática de crime de quadrilha toda vez que mais de três pessoas pratiquem crimes contra o sistema financeiro nacional ou contra a ordem tributária, por exemplo.

Adotando este posicionamento, entendeu a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, prevalecendo o voto do Min. Cid Scartezini, que “a finalidade lícita de exercer atividade comercial em nada se coaduna com o tipo previsto no art. 288 do Código Penal”.²

O próprio Ministro Marco Aurélio, nos autos do *Habeas Corpus* n. 84.453-7, sustentou que “descabe, a partir do tipo do artigo 288 do Código Penal, a generalização, como se, em todas as hipóteses de crime tributário por pessoa jurídica, ocorresse o crime de quadrilha ou bando”.

Com efeito, no julgamento dos embargos de declaração do *Habeas Corpus* nº 84.223-8/RS, ocorrida em 14.08.07, o Ministro Cezar Peluso também deferiu parcialmente a ordem para trancar o processo com relação à imputação de quadrilha. Afirmou o Ministro que “a Constituição Federal reconhece e estimula a associação de pessoas para o exercício de atividades econômicas. Isso implica reconhecer como intolerável a imputação automática do crime descrito no artigo 288 do Código Penal sempre que se cuide de suposto delito praticado no exercício de atividade empresarial por mais de três pessoas”.

² RT 754/564.

Heloísa Estellita afirma não ser “admissível que toda imputação da prática de crime econômico contra quatro pessoas ou mais, atuando em contexto de sociedade empresarial (sócios, gerentes, diretores, funcionários etc.), venha acompanhada, ipso facto, da imputação do crime de quadrilha ou bando. Segundo Estellita, “a confusão entre a reunião de pessoas para a prática de atos lícitos com o crime descrito no artigo 288 do Código Penal subverte a ordem jurídica, que, como se viu, expressamente autoriza a reunião de pessoas para o exercício de atividade empresarial”. Conclui a professora da Escola de Direito da FGV/SP: “a priori, a reunião de pessoas formando uma sociedade empresária para a prática de atividades econômicas não se consubstancia em formação de quadrilha ou bando, ainda que tais pessoas venham a ser responsabilizadas pela prática de crimes econômicos no exercício da atividade econômica lícita; nestes casos, não há formação de quadrilha ou bando porque falta a essa união de pessoas (4 ou mais) a finalidade de prática de crimes”³.

O dolo específico deve estar presente em relação a cada requisito do tipo penal, como, por exemplo, o dolo de cada associado em se agrupar de forma estável e duradoura para praticar mais de um crime. Não basta a intervenção material do associado em vários delitos.

O principal fundamento adotado pela maioria para a condenação da embargante pelo crime de quadrilha seria o fato de ter se encontrado com José Dirceu. O encontro de uma empresária com um Ministro de Estado para tratar de assuntos de interesse de sua empresa é algo usual. Mais além, para a caracterização do crime de quadrilha não basta uma ou duas reuniões ocasionais.

Estável é algo duradouro, permanente, não eventual. Para que seja configurada a quadrilha ou bando não basta o simples acordo de vontade,

³ ESTELLITA, Heloisa. Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa, Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, p. 30/31

com a reunião accidental de quatro pessoas. A Ministra Carmem Lúcia, em aditamento ao voto, esclareceu que os encontros eram “conjunturais” na busca de interesses privados, o que não é suficiente para a caracterização do crime do artigo 288 (fl. 57513).

O Ministro Ricardo Lewandowski acertadamente discorre em seu voto sobre a “verdadeira miscelânea conceitual” que incorreu o Ministério Público Federal, uma vez que os réus foram acusados ora de participarem de quadrilha, ora de organização criminosa, ora ainda de uma associação criminosa, o que enfraqueceu as imputações de formação de quadrilha (fl. 57.480). De fato, não existia ainda o conceito de organização criminosa, quando do julgamento do processo.

É verdade que os conceitos de estabilidade, durabilidade e organização são genéricos e não permitem uma definição precisa para todos os casos. Cabe ao STF, diante do caso concreto, apreciar as provas trazidas e concluir que se está diante de caso de coautoria.

Jorge de Figueiredo Dias entende que um bom critério prático é o “juiz não condenar nunca por associação criminosa, à qual se impute já a prática de crimes, sem se perguntar primeiro se condenaria igualmente os agentes mesmo que nenhum crime houvesse sido cometido”⁴.

Efetivamente, no presente processo, a condenação de Kátia Rabello pelo crime de quadrilha não se dá por fatos novos. Os mesmos fatos usados para fundamentar as condenações por gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro e evasão de divisas são usados para justificar a imputação pelo crime de quadrilha. O artigo 288 veio como adorno, com o fim único de aumento de pena.

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário conimbricense do Código Penal: parte especial*, Coimbra: Coimbra Ed., 1999. T. 2, p. 1158.

Não há prova de que Katia Rabello pertenceu a organização criminosa com o fim de adotar a prática de crime como “modus vivendi”. Vale neste ponto lembrar trecho do voto da Ministra Weber:

Ora, tenho como indiscutível – renovando meu pedido de vênia aos que pensam de forma diversa-, que os chamados núcleos político, financeiro e operacional envolvidos nesta ação penal jamais imaginaram formar uma associação para delinquir, uma *societas sceleris* com o objetivo de sobreviverem, usufruírem – ou se locupletarem – com o produto dos crimes resultantes de sua atuação.

A Ministra Rosa Weber não identificou nos agentes dos crimes específicos “o dolo de criar ou participar de uma associação criminosa” para prática de crimes indeterminados. Afirmou corretamente a Ministra que o dolo da formação da quadrilha não se confunde com os dolos dos crimes que venham a ser por ela praticados (fl. 53.047):

“Registro, à demasia, não identificar, em qualquer hipótese, à luz dos fatos e provas dos autos, nos agentes dos crimes específicos já reconhecidos por este Plenário contra os quais se dirige a presente imputação, o dolo de criar ou participar de uma associação criminosa autônoma com vista à prática de crimes indeterminados. Identifico, é certo, em alguns desses agentes os dolos inerentes à prática de crimes em série de peculato, lavagem de capitais, corrupção e gestão fraudulenta, consoante me manifestei ao longo deste julgamento, inconfundíveis, contudo com dolo de associação criminosa”.

Quanto ao propósito de delinquir, sustenta Carlos Fontán Balestra que ele deve ser perseguido individualmente pelos membros da associação:

“El proposto de delinquir debe ser perseguido por la asociación, es decir, que debe inspirar a todos y a cada uno de sus miembros.

De suerte que no basta la intervención material de tres o más personas en vários delitos; es preciso que a lo menos tres de ellas, que serán las alcanzadas por la pena, que hayan puesto de acuerdo con el fin de cometer delitos. Es, pues, necesario demostrar que la asociación de que se trata se ha constituido con ese objeto por parte de todos sus componentes para que éstos sean tenidos por responsables, pues de no ser así no estaria presente en todos el elemento subjetivo del delito, que se rige por los principios generales de la culpabilidad”⁵.

A acusação contra Kátia Rabello neste processo é uma enorme violência moral, notadamente quando se lhe atribui crimes por empréstimos que não concedeu, por saques que não teve conhecimento, por transferências de clientes no exterior que nunca lhe foram da competência, mormente quando a prova demonstra que essas práticas bancárias não foram ilícitas.

O que a vincula aos fatos é apenas ter se encontrado com o Ministro José Dirceu (o que fazia na condição de representante institucional do Banco Rural) e ter votado em duas renovações do empréstimo do PT. Kátia Rabello não deferiu a concessão de nenhum e simplesmente anuiu, junto com outros diretores, em duas renovações do empréstimo do PT, justamente o que foi pago com grande proveito financeiro para a instituição. Não participou, direta ou indiretamente, nos demais empréstimos mais vultosos, feitos a SMP&B e Graffiti, nem mesmo das renovações.

Kátia não estava vinculada, nem minimamente, à área operacional do Banco Rural, ocupando-se tão somente de conhecer as operações dos maiores devedores do banco após a morte de José Augusto Dumont. A condenação pelo crime de quadrilha é admissão da responsabilidade penal

⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de derecho penal: parte especial, 2. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. t. 6, p. 473-474. No mesmo sentido SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. Buenos Aires: Argentina, 1956. T. 4, p. 642.

objetiva, apenas por Kátia Rabello ser, na época dos fatos, presidente do Banco Rural.

2.2 Dosimetria da Pena - Quadrilha

Ainda que esse Supremo Tribunal Federal não absolva a embargante pelo crime de formação de quadrilha – o que se admite apenas por dever de ofício e para que se possa desenvolver o raciocínio seguinte – os presentes embargos devem ser acolhidos para que prevaleça a divergência instaurada a partir dos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Teori Zavascki, Dias Toffoli e Marco Aurélio quanto à dosimetria da pena do crime de quadrilha.

Tal divergência resulta do reconhecimento por essa Corte Suprema da ilegalidade que subsiste contra a embargante no que toca ao *quantum* da pena pelo crime de quadrilha, fixada muito além do mínimo legal em 2 anos e 3 meses de reclusão.

No v. acórdão condenatório o voto prevalecente do Eminentíssimo Relator fixou a pena da embargante com base nos seguintes argumentos:

“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.

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 KÁTIA RABELLO não ostenta maus antecedentes.

Não há dados concretos acerca da conduta social e da personalidade da condenada.

O motivo do crime, em última análise, foi a intenção de KÁTIA RABELLO de obter recursos indevidos para o banco Rural, do qual era presidente e sócia, 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 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.

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 e o sistema republicano, em flagrante contrariedade à Constituição Federal.

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

Assim, atento ao disposto nos arts. 59, 68 e 288 do Código Penal, fixo a pena-base de KÁTIA RABELLO em dois anos e três meses de reclusão. À falta de outras circunstâncias (atenuantes ou agravantes), bem como de causas de diminuição ou aumento (CP, art. 68), torno definitiva a pena de dois anos e três meses de reclusão para KÁTIA RABELLO” (fls. 58040/58041).

Ocorre que, como bem assentaram os votos divergentes, há clara ilegalidade na dosimetria da pena de tal crime, que apenas foi fixada da

maneira que está, com o objetivo de evitar eventual prescrição, em total violação aos princípios da obrigatoriedade de fundamentações das decisões judiciais, da individualização da pena e do *ne bis in idem*, e também ao modelo trifásico de fixação da pena.

O Ministro Lewandowski, analisando os parâmetros adotados na aplicação das penas relativas aos crimes pelos quais a embargante foi condenada, verificou “**discrepância considerável na fixação da pena-base para o crime de formação de quadrilha**”. O Ministro ressaltou que há “**uma desproporção existente entre as circunstâncias judiciais elencadas como desfavoráveis e a pena-base fixada**” (fl. 64897 – grifo nosso).

O Ministro Lewandowski citou José Antonio Paganella Boschi para discorrer sobre as regras jurisprudenciais para a fixação da pena-base: “o patamar máximo a ser observado pelo julgador na primeira fase da dosimetria da pena – alcançado quando todo o conjunto das circunstâncias judiciais for desfavorável ao réu – deveria se situar próximo ao do termo médio: o resultado da soma do mínimo com o máximo – abstratamente cominados – divididos por dois”. Seguindo a linha do citado autor, conclui o Ministro-revisor que houve despropositado aumento da pena de Katia Rabello pelo crime de quadrilha:

“(...) somente se a totalidade das circunstâncias judiciais fosse desfavorável ao réu é que a pena-base poderia se aproximar do termo médio. No entanto, isso não ocorreu na espécie, visto que, com apoio em apenas quatro circunstâncias desfavoráveis, chegou-se a um patamar superior ao termo médio. É dizer, no caso sob exame, de uma pena de 1 (um) a 3 (três) anos, chegou-se a 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, ou seja quase a pena máxima para o delito em questão” (fl. 64.898 – grifo nosso).

Registrou o Ministro Lewandowski que dos 2 anos de aumento possível para o crime de quadrilha “**a Corte caminhou quase 63% (sessenta e três por cento)**” (grifo nosso) (fl. 64899). Segundo o Ministro, para os outros crimes a proporção de aumento foi bem menor: lavagem (7%); gestão fraudulenta (10%) e evasão de divisas (18%):

“Entendo, desse modo, configurada a desproporção na fixação da pena-base para o crime de formação de quadrilha, em razão do aumento de 63% (sessenta e três por cento), muito distante dos 18 (dezoito), 10 (dez) ou 7 (sete) por cento utilizados para os demais crimes” (grifo nosso).

Concluiu o Ministro pela desproporção na fixação da pena-base para o crime de quadrilha, acolhendo os embargos, com efeitos infringentes, para que o Tribunal proceda ao reajuste na dosimetria da pena de quadrilha (fl. 64899).

O Ministro Teori Zavascki também entendeu que a pena-base foi estabelecida com notória exacerbação:

“Foi exatamente isso que ocorreu, em relação a vários réus, quando da fixação da pena-base do crime de formação de quadrilha: a partir de premissas fáticas homogêneas e praticamente semelhantes, que foram consideradas para definir as circunstâncias judiciais desfavoráveis, o acórdão embargado, embora tenha adotado uma certa homogeneidade de tratamento em relação aos vários outros delitos imputados, atribuiu consequências inteiramente discrepantes em relação a esse específico delito de formação de quadrilha, cuja pena-base foi estabelecida com notória exacerbação, com detalhes nos votos a respeito proferidos pelo Ministro Ricardo Lewandowski (fl. 64.863).
(...)”

De qualquer modo, ainda que se levasse em conta apenas a natureza abstrata do crime de formação de quadrilha, mesmo

assim não haveria razão plausível para a multiplicada exacerbação da pena-base desse delito e relação a outros de muito maior gravidade, como o do peculato e o da corrupção ativa (fl. 64.863).

(...)

O que se verifica no acórdão, na verdade, é uma discrepância de natureza objetiva na fixação da pena-base de um determinado delito em relação a outros delitos imputados ao mesmo réu: embora semelhantes as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, o avanço entre a pena mínima cominada em lei e a pena-base fixada chegou a percentuais de até setenta e cinco por cento do máximo possível para o crime de formação de quadrilha, aproximando-se do máximo da pena em abstrato, em completo descompasso com o critério adotado para os demais delitos, fixado em patamares mais ou menos semelhantes entre si, mas significativamente inferiores, que em geral não chegam sequer a um terço daquele percentual (fl. 64.864).

O Ministro Teori Zavaski propõe como critério de fixação da pena do crime de quadrilha **“fixar a pena-base mediante um avanço, em relação à pena mínima cominada, equivalente ao do maior percentual de avanço adotado para os outros delitos imputados ao mesmo réu”** (fl. 64865 – grifo nosso).

O Ministro Dias Toffoli acolheu a proposta do Ministro Teori e utilizou o percentual de 18% para majorar a pena-base:

“do maior dos demais percentuais – ou seja, 18% - para majorar a pena-base (1ª fase) da embargante acarretaria a pena inicial de **(1) um ano, (4) quatro meses e (9) nove dias de reclusão**. Não sendo aplicada pelo Relator nenhuma causa de aumento ou diminuição de pena nas fases seguintes, essa seria a penal final para o delito” (fl. 64911).

O Ministro Marco Aurélio acompanhou o Ministro Lewandowski “porque realmente houve a potencialização das mesmas circunstâncias judiciais no tocante aos crimes de quadrilha” e criticou o aumento da pena com o mero fim de evitar eventual prescrição:

“Os acusados não têm culpa quanto à morosidade da máquina judiciária, e o fato de incidir, possivelmente, a prescrição não nos leva, na feitura da almejada justiça, a fazer contas de chegar. Talvez o problema esteja na apenação desse crime, para o qual se estabelece a pena mínima de um ano, e o teto de três anos. Mas esse é o arcabouço normativo em vigor”.

Conclui o Ministro Marco Aurélio: “Penso que descabe – se não fosse assim, o sistema não fecharia – no mesmo processo, diante de idênticas circunstâncias judiciais, potencializá-las quanto a um crime e, no tocante aos demais, ter-se, sob a minha óptica, pelo menos, a razoabilidade, considerado o acréscimo implementado no que prevista a pena mínima” (fl. 64.915).

Ocorre que a ilegalidade não se resume à desproporcionalidade entre a ponderação das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal utilizadas na fixação da pena do crime de quadrilha e a ponderação adotada nas demais condenações (lavagem de capitais, gestão fraudulenta e evasão divisas). O acórdão viola também o princípio da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, ao elevar a pena-base do crime de quadrilha sob o argumento de uma suposta culpabilidade 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”⁶.

Há também clara violação ao princípio do *ne bis in idem* na fixação da pena-base do crime de quadrilha. O argumento do voto vencedor para

⁶ 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.
No mesmo sentido: 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; 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.

“fundamentar” a “elevada” culpabilidade que ensejou o aumento da pena —*fornecer a estrutura empresarial do grupo Rural*— é justamente a conduta que motivou a condenação pelo artigo 288 do Código Penal.

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 e a jurisprudência dessa Corte Suprema é firme no sentido de rechaçar tal prática⁷.

Não há, portanto, fundamento para exacerbar a pena-base da embargante pelo critério da culpabilidade, que, no caso, é a inerente ao tipo. A sua exacerbação viola, claramente, os princípios da obrigatoriedade de fundamentações das decisões judiciais, da individualização da pena e do *ne bis in idem*, e também o modelo trifásico de fixação da pena.

Da mesma forma, o não reconhecimento e a não valoração positiva das circunstâncias judiciais indiscutivelmente favoráveis à embargante também viola a obrigatoriedade de fundamentação das decisões.

A conduta social, a personalidade e os antecedentes da embargante são flagrantemente favoráveis. Não há que se falar em inexistência de “*dados concretos acerca da conduta social e da personalidade de KATIA RABELLO*”. Também não há que se falar em valoração neutra de tais circunstâncias, sob o risco de sempre se valorar as circunstâncias judiciais do artigo 59 de forma a prejudicar o réu e a agravar sua pena, jamais para beneficiá-lo.

⁷ 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.

O acórdão também viola o princípio do *ne bis in idem* 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 apenas faz saltar aos olhos a manifesta violação à garantia da proibição de dupla valoração negativa de uma mesma circunstância em desfavor do réu. 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 v. acórdão deve restringir-se à apreciação das circunstâncias legais e judiciais de tal delito.

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. Duração no tempo é circunstância elementar do tipo penal de quadrilha e não fator agravante. 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 exacerbação da pena-base. As circunstâncias apontadas como desfavoráveis no voto vencedor configuram manifesto *bis in idem* e devem ser rechaçadas.

O trecho do acórdão que trata das consequências do crime de quadrilha também não é diferente:

“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 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.

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

A pena imposta à **Kátia Rabello** pelo crime de quadrilha mostra-se, pois, flagrantemente ilegal, uma vez que esse Supremo Tribunal Federal, ao proceder na dosimetria da pena da embargante, incorreu em *error in judicando* e violou o modelo trifásico de fixação da pena do Código Penal, em flagrante contrariedade aos princípios da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, da individualização da pena, do *ne bis in idem*, da proporcionalidade e da legalidade previstos na Constituição Federal.

3. Coação ilegal subsistente – concessão de *Habeas Corpus ex officio*

A ilegalidade na dosimetria da pena imposta à embargante não se limita ao crime de quadrilha, mas subsiste nas penas pelos demais crimes imputados a Kátia Rabello.

Tal como ocorrido na condenação pelo crime de quadrilha, a monumental pena total imposta à **Kátia Rabello** (16 anos e 8 meses de reclusão e 386 dias-multa, no valor unitário de 15 salários mínimos vigentes ao tempo dos fatos) apenas foi alcançada porque o STF violou o modelo trifásico de fixação da pena do Código Penal, em flagrante contrariedade aos princípios da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, da individualização da pena, do *ne bis in idem*, da proporcionalidade e da legalidade, previstos na Constituição Federal. Tudo isso, mesmo após a oposição de embargos de declaração que tiveram o objetivo de sanar tais ilegalidades.

A fundamentação das decisões estatais, prevista no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, constitui requisito essencial dos atos restritivos da liberdade individual e fator de limitação dos poderes estatais⁹.

O Supremo Tribunal Federal deve olhar para seus próprios precedentes, construídos em questões jurídicas idênticas ao caso dos autos, sob pena de violação aos princípios da isonomia (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal) e da segurança jurídica (Artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal)¹⁰.

Por tais motivos, com fundamento na Constituição Federal, na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹¹, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹², na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)¹³, e nos Códigos Penal e de Processo Penal, é necessário submeter uma vez mais questões jurídicas –não factuais– que ainda não foram enfrentadas por esse Supremo Tribunal Federal.

E não há óbice para a análise de tais questões, já que todas elas tratam unicamente de *quaestio juris*, de natureza de ordem pública e que

⁹ STF - HC 95034, Relator(a): Min. **CELSO DE MELLO**, Segunda Turma, julgado em 15/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 14-10-2013 PUBLIC 15-10-2013

¹⁰ [...] O Sistema processual adotado pelo código de processo civil, conferindo força à jurisprudência do E. STF no sentido de submeter as corte inferiores ao seu entendimento nos casos de repercussão geral, aproxima-se do regime vigorante na common law, que, em essência, prestigia a isonomia e a segurança jurídica, cláusulas pétreas inafastáveis de todo e qualquer julgamento. [...] STF - AI 795809 AgR, Relator(a): Min. **LUIZ FUX**, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 19-02-2013 PUBLIC 20-02-2013 (**grifo nosso**)

Ainda sobre a necessidade observância aos precedentes como forma de cumprimento aos princípios da isonomia e da segurança jurídica: [...] O postulado da segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnado de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, sem prejuízo ou surpresa para o administrado, situações já consolidadas no passado. - A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio. Doutrina. Precedentes. STF – RE 601215 AgR, Relator(a): Min. **CELSO DE MELLO**, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 20-02-2013 PUBLIC 21-02-2013 (**grifo nosso**)

¹¹ Assinada em 10.12.1948 – Artigo X e XI

¹² Decreto nº 592/92 – Artigo 9

¹³ Decreto nº 678/92 – Artigo 8º

afetam diretamente o *statuts libertatis* da embargante, motivo pelo qual não há que se falar em preclusão¹⁴.

O reconhecimento e a correção dessas ilegalidades por essa Suprema Corte se fazem obrigatórios, nos termos do artigo 654, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal¹⁵; são questões que não foram efetivamente apreciadas até o momento, o que resulta em flagrante contrariedade ao texto constitucional¹⁶.

Tais ilegalidades resultam da ilegal fixação da pena da embargante no v. acórdão condenatório – em todos os crimes pelos quais foi condenada – feita em total violação ao modelo trifásico vigente em nosso Código Penal, materializando frontal violação aos princípios da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, da individualização da pena, do *ne*

¹⁴ Rcl 8995 AgR-segundo, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, **Tribunal Pleno**, julgado em 20/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012

¹⁵ No próprio Julgamento dos Vigésimos Embargos de Declaração opostos contra o v. acórdão proferido no julgamento da ação penal que origina o presente recurso foi reconhecida a possibilidade de concessão de *Habeas Corpus* de ofício para corrigir flagrante ilegalidade em ementa assim resumida: “Ementa: AÇÃO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. CONHECIMENTO COMO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. CONCESSÃO DA ORDEM. O acórdão embargado, ao acolher a preliminar de nulidade absoluta do procedimento levantada pela defesa, excluiu o embargante da ação penal, promovendo o desmembramento do processo e, por consequência, determinando o processamento da causa perante o juízo de primeiro grau. Não há, portanto, qualquer dúvida quanto a possível omissão, obscuridade, ambiguidade ou contradição na decisão que acolheu a preliminar de nulidade do processo em relação ao embargante. Conhecimento do pedido como habeas corpus, para determinar o trancamento da ação penal, relativamente ao crime de formação de quadrilha imputado ao embargante, tendo em vista a absolvição dos corréus. Embargos rejeitados. Concessão de ordem de habeas corpus de ofício. (AP 470 EDJ-vigésimos, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, **Tribunal Pleno**, julgado em 14/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 09-10-2013 PUBLIC 10-10-2013)”.

No mesmo sentido são infundáveis os acórdãos dessa Corte Suprema no mesmo sentido: **HC 112755**, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 27/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 10-12-2012 PUBLIC 11-12-2012; **RHC 102984**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00138; **RE 484396**, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 23/03/2010, DJe-081 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-06 PP-01224; **HC 83795**, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Primeira Turma, julgado em 25/05/2004, DJ 06-08-2004 PP-00041 EMENT VOL-02158-03 PP-00429; **HC 101857**, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 10/08/2010, DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010 EMENT VOL-02414-03 PP-00594; **RHC 90723**, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 13/03/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00087 EMENT VOL-02283-04 PP-00714; **HC 68309**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 27/11/1990, DJ 08-03-1991 PP-02202 EMENT VOL-01610-02 PP-00315 [...]

¹⁶ JURISPRUDÊNCIA - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - OBSERVÂNCIA. A unidade de fatos e a do Direito sugerem solução idêntica para as controvérsias. Tanto quanto possível, há de prevalecer a mesma solução, buscando-se, com isso, o prestígio, a respeitabilidade do Judiciário, mediante a melhor compreensão dos jurisdicionados. A óptica mais se impõe quando, em jogo tema constitucional, constata-se a existência de pronunciamento do Pleno do Guardião Maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal. Nova discussão da matéria, a partir de convencimento pessoal, há de fazer-se em sede própria - a revelada pelo citado [...] **STF** - HC 72183, Relator(a): Min. **MARCO AURÉLIO**, Segunda Turma, julgado em 23/02/1996, DJ 22-11-1996 PP-45687 EMENT VOL-01851-03 PP-00449) (**grifo nosso**)

bis in idem, da proporcionalidade e da legalidade, previstos na Constituição Federal.

No julgamento dos embargos de declaração, o Tribunal deixou de apreciar as questões colocadas:

“Também argumenta a embargante que o acórdão embargado não apresenta fundamentação que justifique a exasperação da pena, assim como incorre em *bis in idem*, além de ser desproporcional e violar o disposto no art. 59 do Código Penal.

Trata-se, inegavelmente, de rediscussão, pura e simples, das penas-base que foram aplicadas em suas condenações, o que é absolutamente indevido em embargos de declaração, os quais, no caso em exame, não demonstram, concretamente, qualquer ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão embargado” (fl. 64858).

O *status quo* de ilegalidade permanece intacto; o acórdão que julgou os embargos de declaração não enfrentou as questões jurídicas colocadas diante desse Supremo Tribunal Federal, em flagrante violação ao texto do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, e as ilegalidades que se produziram a partir do v. acórdão condenatório ainda subsistem, de maneira a violentar o *status libertatis* da embargante.

Enquanto subsistirem possibilidades jurídicas de correção de ilegalidades é dever dessa Suprema Corte fazê-lo, assim como bem destacou o Ministro Lewandowski ao acompanhar divergência iniciada pelo Ministro Luís Roberto Barroso que, ao final, foi acatada pela maioria dessa

Corte para reduzir a pena imposta ao réu Breno Fischberg em sede de embargos de declaração¹⁷:

“[...] nós estamos nos deparando com o erro judiciário. É obrigação do juiz, inclusive de ofício, corrigir esse erro a qualquer momento, independentemente da via escolhida [...] (fl. 65780)” (grifo nosso).

“[...] é a liberdade dos réus que está em jogo. Quer dizer, se nós erramos eventualmente ao adotar uma metodologia, e que se revelou imprópria, porque, agora, estão aparecendo os erros que essa metodologia acarretou, o réu é que pagar (sic) e vai ficar preso até que nós corrijamos isso mediante algum outros instrumento processual apropriado? Desculpe a minha veemência, Ministra Rosa, mas é que, realmente, nós somos o último Tribunal, a trincheira das garantias fundamentais dos direitos dos cidadãos (fl. 65784)” (grifo nosso).

“Eu colacionai centenas e centenas de embargos de declaração julgados nesta Corte que foram rejeitados, mas, quando o juiz ou o Plenário de uma das Turmas, ou o Plenário maior da Casa, se deparou com o erro judiciário, não teve a menor dúvida em conceder *habeas corpus* de ofício. Porque o juiz não pode conviver com o erro judiciário. Porque ele fez um juramento – eu fiz quatro – de defender a Constituição e as leis do país (fl. 65785)” (grifo nosso).

Nesse contexto, as ilegalidades subsistentes contra a embargante, e que pela sua natureza devem obrigatoriamente ser pontuadas e reconhecidas para concessão de *Habeas Corpus ex officio*, resumem-se nas seguintes questões:

¹⁷ STF- AP 470 EDj-vigésimos sextos, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 09-10-2013 PUBLIC 10-10-2013

a) **Dosimetria da pena do crime de lavagem de capitais:**

i) violação do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal em decorrência da não fundamentação, em todos os seus dados objetivos e subjetivos, dos motivos que levaram ao aumento da pena além do mínimo legal. A pena-base de **Kátia Rabello** foi aumentada sob a afirmação de uma culpabilidade elevada, **sem** a demonstração total do porquê;

ii) violação do princípio do *ne bis idem* e da individualização da pena em decorrência da **reverberação** do próprio núcleo do crime de lavagem de capitais pelo qual a embargante foi condenada para exacerbar a pena-base aplicada ao crime em questão. Tratando-se de culpabilidade **inerente** ao próprio tipo de lavagem, não há que se falar em uma reprovabilidade maior do que aquela que emana do próprio crime em questão;

iii) violação aos princípio da individualização da pena e da legalidade, e ao modelo trifásico de fixação da pena previsto no Código Penal, uma vez que o acórdão aumentou a pena-base do crime em questão sob o argumento de uma culpabilidade elevada alegando, para tanto, os **valores** dos empréstimos concedidos pelo Banco Rural. Como se sabe, o acórdão considera a culpabilidade, na fase de fixação da pena, como grau de reprovabilidade da **conduta**. Valores de empréstimos **não é conduta**. Há clara confusão entre qualidade quantitativa do **objeto** do crime de lavagem com conduta. É sobre a ação que recai a reprovabilidade e não sobre o objeto;

iv) violação aos princípio da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, e ao modelo trifásico de fixação da pena previsto no artigo 59 do Código Penal, em razão do **não reconhecimento** e da **não**

valoração positiva das circunstâncias judiciais indiscutivelmente favoráveis à embargante. A conduta social, a personalidade e os antecedentes da embargante são flagrantemente **favoráveis**. Não há que se falar em inexistência de “*dados concretos acerca da conduta social e da personalidade de KATIA RABELLO*”. Também não há que se falar em valoração neutra de tais circunstâncias, **sob o risco** de sempre se valorar as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal de forma a prejudicar o réu e a agravar sua pena, e nunca para beneficiá-lo na aplicação da pena corporal;

v) **violação ao princípio do *ne bis in idem*** em razão da exacerbação da pena-base com supedâneo no que teria sido o motivo do crime, sendo que o “motivo” pinçado para tanto é aquele inserido no **próprio** elemento subjetivo do tipo penal em questão;

vi) **violação ao princípio do *ne bis in idem*** em razão da utilização das 46 supostas operações de lavagem ao longo do período de 2 anos como motivo para exacerbação da pena-base sob o enfoque das “circunstâncias” do crime. Ocorre que, na terceira fase de fixação da pena, houve o aumento em dois terços da reprimenda sob o **mesmo** argumento de terem sido cometidas 46 operações de lavagem, configurando **dupla valoração negativa** de uma mesma circunstância;

vii) **violação ao princípio da individualização da pena e ao modelo trifásico de fixação da pena previsto no Código Penal** em razão da **incongruência lógica** entre o equacionamento do número de circunstâncias tomadas como desfavoráveis – apenas três -, o número de circunstâncias tidas como favoráveis – três – e o *quantum* de pena obtido; e

viii) violação aos princípios da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, da individualização da pena e da proporcionalidade, em decorrência da utilização de um critério matemático, baseado na utilização fria de uma tabela de paradigmas que não possuem qualquer relação ou semelhança com o caso dos autos, para se aumentar, automaticamente e *contra legem*, a pena da embargante na terceira fase de fixação da pena (artigo 71 do Código Penal).

b) Dosimetria da pena do crime de gestão fraudulenta:

i) da mesma forma que ocorrido na dosimetria da pena do crime de lavagem de capitais, houve violação ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal em decorrência da não fundamentação, em todos os seus dados objetivos e subjetivos, dos motivos que levaram ao aumento da pena além do mínimo legal no que toca à culpabilidade da embargante;

ii) também houve a reutilização do próprio núcleo do crime de gestão fraudulenta pelo qual a embargante foi condenada para exacerbar sua pena, em clara violação ao princípio do *ne bis in idem* e da individualização da pena. Tratando-se de culpabilidade inerente ao próprio tipo de gestão fraudulenta, não há que se falar em uma reprovabilidade maior do que aquela inerente ao próprio crime em questão;

iii) a mesma confusão dogmática ocorrida no caso do crime de lavagem, ocorreu na fixação da pena do crime de gestão, resultando na ilegal exacerbação da pena da embargante. O acórdão se utiliza dos valores dos empréstimos que teriam sido concedidos pelo Banco Rural para aumentar a pena da embargante sob o argumento de uma culpabilidade elevada.

Ocorre que o v. acórdão confunde, novamente, o que seria uma qualidade quantitativa do objeto do crime de gestão fraudulenta com conduta, em flagrante violação aos princípios do *ne bis in idem* e da individualização da pena, e ao modelo trifásico de fixação da pena previsto no Código Penal. É sobre a ação que incide a tal reprovabilidade, e não sobre o objeto do suposto crime;

iv) da mesma forma, subsiste violação aos princípio da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais e ao modelo trifásico de fixação da pena, em razão do não reconhecimento e da não valoração positiva das circunstâncias judiciais indiscutivelmente favoráveis à embargante (conduta social, personalidade e antecedentes);

v) também há clara violação ao princípio do *ne bis in idem*, pois o v. acórdão aumentou a pena-base da embargante com base no que teria sido o motivo do crime, sendo que o referido “motivo” seria aquele que se encontra inserido no próprio elemento subjetivo do tipo penal em questão;

vi) da mesma forma, no que toca à exacerbação da pena-base sob o enfoque do que seriam as “circunstâncias” do crime de gestão de fraudulenta, a violação ao princípio do *nes bis idem idem* também é flagrante. A circunstância do ilícito, tida como desfavorável para efeitos de exacerbação da pena, nada mais é do que o próprio elemento do tipo penal de gestão fraudulenta pelo qual a embargante foi condenada. 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, sendo sua própria configuradora, não podendo ser reutilizada como critério autônomo para fins de aumento de pena; e

vii) por fim, ainda subsiste violação ao princípio da individualização da pena e ao modelo trifásico de fixação da pena previsto no Código Penal em razão da incongruência lógica entre o equacionamento do número de circunstâncias tomadas como desfavoráveis – apenas três -, o número de circunstâncias tidas como favoráveis – três – e o *quantum* de pena obtido.

c) Dosimetria da pena do crime de evasão de divisas:

i) ainda com relação a fixação da pena-base do crime de evasão de divisas houve também violação ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal em decorrência da não fundamentação, em todos os seus dados objetivos e subjetivos, dos motivos que levaram ao aumento da pena além do mínimo legal no que toca à culpabilidade da embargante;

ii) violação ao princípio do *ne bis in idem* e da individualização da pena, uma vez que o acórdão utilizou duplamente o próprio núcleo do crime de evasão de divisas pelo qual a embargante foi condenada para exacerbar sua pena ao argumento de uma culpabilidade elevada;

iii) O acórdão se utiliza do número de supostas operações de evasão que teriam sido realizadas para aumentar a pena da embargante sob o argumento de uma culpabilidade elevada. Ocorre que, mais uma vez, o v. acórdão confunde o que seria uma qualidade quantitativa do objeto do crime de evasão de divisas, com conduta, em flagrante violação aos princípios da legalidade e da individualização da pena, e ao modelo trifásico de fixação da pena previsto no Código Penal. É sobre a ação que incide a tal reprovabilidade, e não sobre o objeto do suposto crime;

iv) violação aos princípios da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais e ao modelo trifásico de fixação da pena, em razão do não reconhecimento e da não valoração positiva das circunstâncias judiciais indiscutivelmente favoráveis à embargante (conduta social, personalidade e antecedentes);

v) violação ao princípio do *ne bis in idem* em razão da utilização do suposto número de operações de evasão ao longo de vários meses como motivo para exacerbação da pena-base com supedâneo no que seriam as circunstâncias do crime. Ocorre que, na terceira fase de fixação da pena, houve aumento em dois terços da reprimenda pelo mesmo motivo. Neste caso, ocorreu tripla valoração negativa de uma mesma circunstância: o mesmo critério da persistência da conduta delituosa ao longo do tempo (“vários meses”), foi avaliado como circunstância, foi utilizado para aferição da “elevada” culpabilidade e é, posteriormente, utilizado na aplicação da regra do crime continuado;

vi) também subsiste violação ao princípio da individualização da pena e ao modelo trifásico de fixação da pena previsto no Código Penal em razão da incongruência lógica entre o equacionamento do número de circunstâncias tomadas como desfavoráveis (apenas duas), o número de circunstâncias tidas como favoráveis (três) e o *quantum* de pena obtido;

ix) violação aos princípios da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, da individualização da pena e da proporcionalidade, em decorrência da utilização de um critério matemático, baseado na utilização fria de uma tabela de paradigmas que não possuem qualquer relação ou semelhança com o caso dos autos, para se aumentar, automaticamente e

contra legem, a pena da embargante na terceira fase de fixação da pena (artigo 71 do Código Penal).

A correção da decisão se faz necessária, por força dos precedentes dessa Suprema Corte e mandados que emanam da Constituição Federal, observância aos princípios da isonomia (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal) e da segurança jurídica (Artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal)¹⁸.

Conforme bem destaca a jurisprudência dessa Suprema Corte, a segurança jurídica penal não reside apenas na exata descrição típica dos crimes previstos em nossa legislação, mas também na previsibilidade das sanções, ou seja, na forma de aplicação e compreensão das leis pelos nossos Tribunais¹⁹.

Isso é justamente o que Mariângela Gama de Magalhães Gomes traça como a segurança jurídica produzida a partir da confiabilidade nos precedentes:

“Além de desenvolver uma atividade pedagógica ao mostrar o sentido das regras jurídicas, uma jurisprudência uniforme proporciona a confiança de quem, observando os precedentes, escolhe as condutas a serem praticadas, promove o princípio da igualdade na medida em que impõe a igualdade de tratamento (judicial) às pessoas que se comportaram de formas semelhantes, assim como atende a exigência de unidade na aplicação do direito. É de se observar, inclusive, que a utilidade da

¹⁸ STF - AI 795809 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 19-02-2013 PUBLIC 20-02-2013; RE 601215 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 20-02-2013 PUBLIC 21-02-2013 (**grifo nosso**)

¹⁹ STF - HC 94646, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 31/03/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-02 PP-00403 RSJADV maio, 2009, p. 47-49 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 501-505; HC 94234, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 20/05/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-05 PP-00933 RT v. 97, n. 876, 2008, p. 533-537; HC 93187, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2008, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-02 PP-00366

uniformização da jurisprudência é expressamente reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, que prevê alguns recursos processuais com vistas, exclusivamente, a essa finalidade.

E a busca pela uniformização dos entendimentos jurisprudenciais, a partir da valorização do precedente judicial, apresenta-se como uma importante via para assegurar ao cidadão os valores contidos na expressão *nullum crimen nulla poena sine lege*. Este, aliás, é o caminho apontado por grande parte da doutrina estrangeira. É que não faria sentido que, num Estado cuja Carta Política acolhe os princípios da segurança jurídica, da igualdade e da unidade da Constituição, o ordenamento jurídico-penal não pudesse lançar mão de meios aptos a dirimir eventuais divergências hermenêuticas – principalmente se considerado que é finalidade própria do Estado moderno tornar previsível ou presumível, com antecipação, a atuação do Poder Público²⁰.

A fixação da pena da embargante, da maneira que está, viola o dever de fundamentação das decisões judiciais e o princípio da individualização da pena. O Supremo Tribunal Federal, na melhor leitura do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, já declarou que “não se pode jamais esquecer que a exigência de motivação dos atos judiciais constrictivos da liberdade individual deriva de postulado constitucional inafastável, que traduz expressivo elemento de restrição ao exercício do próprio poder estatal, além de configurar instrumento essencial de respeito e proteção às liberdades públicas”, e que “a fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário, de tal modo que a inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Constituição Federal, precisamente por afetar a legitimidade jurídica dessas deliberações estatais, gera, de maneira irremissível, a sua própria nulidade²¹”.

²⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Notas sobre as súmulas vinculantes em matéria penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 84, p. 77-110, 2010.

²¹ STF - HC 95034, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 14-10-2013 PUBLIC 15-10-2013 (**grifo nosso**)

O próprio Ministro Relator dos presentes embargos possui precedente impecável, que se aplica como luva ao presente caso, no qual afirma que “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 Federal²². No mesmo sentido, há diversas outras decisões desse Tribunal²³.

A fixação da pena da embargante, sem a devida fundamentação, em todos os seus dados objetivos e subjetivos, dos motivos que levaram ao aumento da sua pena além do mínimo legal, mostra-se manifestamente ilegal, pois em contrariedade ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Da mesma forma, o não reconhecimento e a não valoração positiva das circunstâncias judiciais indiscutivelmente favoráveis à embargante também viola a obrigatoriedade de fundamentação das decisões. O mesmo decorre da incongruência no equacionamento de tais circunstâncias, pois, na dosimetria das penas de todos os crimes, não há lógica entre os números de circunstâncias desfavoráveis, favoráveis e neutras presentes, com o *quantum* de pena obtido.

Nesse sentido, vale destacar o precedente paradigmático da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence:

“[...] 1. A exigência de motivação da individualização da pena - hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5., XLVI, e

²² **STF** - 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 (**grifo nosso**)

²³ **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.

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 a justificar. 2. É nula, no ponto, a sentença na qual o juiz, explicitando os dados de fato em que assentou a exacerbação da pena - no caso, ao ponto de quadruplicar o mínimo da cominação legal -, desvela o subjetivismo dos critérios utilizados, de todo distanciados dos parâmetros legais.

(HC 69419, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 23/06/1992, DJ 28-08-1992 PP-13455 EMENT VOL-01672-03 PP-00365 RTJ VOL-00143-02 PP-00600)”

A partir da leitura que faz o v. acórdão, a valoração das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal servirão, sempre, apenas para prejudicar o réu e para agravar sua pena, e nunca para beneficiá-lo na aplicação da pena corporal, numa flagrante violação ao princípio da individualização da pena (Artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal).

Com a mesma firmeza e pacificidade que rechaça a falta de fundamentação e violação ao princípio da individualização da pena em casos idênticos ao da embargante, os precedentes desse Supremo Tribunal Federal também são peremptórios no sentido de rechaçar a ocorrência de *bis in idem*.

Apesar de o princípio do *ne bis in idem* não se encontrar expresso em nossa Constituição Federal, há muito se firmou a melhor interpretação conforme a Constituição no sentido de que tal princípio está inserto no rol de direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal²⁴.

²⁴ STF - HC 80263, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2003, DJ 27-06-2003 PP-00030 EMENT VOL-02116-03 PP-00515; HC 86606, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00086 EMENT VOL-02283-04 PP-00638

Por tal motivo, a reutilização do próprio núcleo dos crimes pelos quais a embargante foi condenada para aumentar a respectiva pena destes mesmos crimes é flagrantemente ilegal, pois viola o princípio da proibição de dupla valoração negativa em desfavor do réu. Da mesma forma, quando se analisa a culpabilidade da prática de um crime, não há que se aumentar a pena de tal crime sob a afirmação de uma reprovabilidade maior, se tal reprovabilidade é aquela inserta no próprio tipo, também sob pena de violação da mesma garantia em questão²⁵.

O mesmo ocorre quando se aumenta a pena da embargante com base no que seriam os motivos dos crimes pelos quais ela foi condenada, sendo que tais motivos são aqueles inseridos no próprio elemento subjetivo dos tipos penais em questão. A violação ao princípio do *ne bis in idem* é manifesta²⁶.

E não é só. A utilização – na dosimetria das penas dos crimes de lavagem de capitais e evasão de divisas – do número de operações supostamente realizadas e o seu respectivo período de extensão ao longo do tempo, ora como “circunstâncias” desfavoráveis para o aumento da pena-base, ora como argumento para o aumento da pena em dois terços na terceira fase de fixação da pena (Artigo 71 do Código Penal), também configura inegável *bis in idem*.

E não há que se negar a ocorrência de *bis in idem* neste ponto por qualquer argumento que seja. Tal ilegalidade já foi inclusive reconhecida e rechaçada por esse Supremo Tribunal Federal em situação idêntica à dos autos:

²⁵ STF - HC 115005, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 18/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 22-08-2013 PUBLIC 23-08-2013; HC 114146, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 08-11-2012 PUBLIC 09-11-2012; 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; HC 83510, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 07/10/2003, DJ 05-12-2003 PP-00023 EMENT VOL-02135-07 PP-01355 [...]

²⁶ STF - RHC 117488 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013)

“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.²⁷

O que está em jogo é a própria segurança jurídica produzida por essa Corte Suprema, o respeito ao princípio da isonomia e às garantias previstas na Constituição Federal. Não se pode reconhecer e corrigir ilegalidades para um, e não fazê-lo para outros.

Nesse contexto, ainda há que se chamar a atenção para a ilegalidade que subsiste no que toca ao aumento da pena da embargante com base numa clara confusão entre a valoração do que seria a suposta conduta praticada por Kátia Rabello e qualidades quantitativas dos objetos dos crimes de lavagem de capitais, gestão fraudulenta e evasão de divisas. Neste ponto, há clara ilegalidade resultado da violação aos princípios da

²⁷ STF - HC 111706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 04/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 14-12-2012 PUBLIC 17-12-2012.

legalidade e da individualização da pena, e ao modelo trifásico de fixação da pena previsto no Código Penal.

Se o v. acórdão considera a culpabilidade, na fase de fixação da pena, como grau de reprovabilidade da conduta, resta claro que o número de operações ou os seus respectivos valores não se confunde com conduta. Há clara confusão entre qualidade quantitativa do objeto do crime de lavagem de capitais, gestão fraudulenta e evasão de divisas, com o que seria conduta. É sobre a ação que recai a reprovabilidade e não sobre o objeto.

O v. acórdão não pode considerar tais qualidades do objeto para aumentar a pena-base da embargante, pois há clara violação ao princípio da legalidade, na medida em que a valoração da culpabilidade recai taxativamente sobre a reprovação da conduta, e nada mais. A deturpação de tal fórmula legal viola de morte o princípio da individualização da pena (Artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal) e o modelo trifásico de fixação da pena previsto no Código Penal.

Por fim, há que se chamar a atenção para a ilegalidade que subsiste a partir da utilização de um critério matemático, baseado na utilização fria de uma tabela de paradigmas que não possuem qualquer relação ou semelhança com o caso dos autos, para se aumentar, automaticamente e *contra legem*, a pena da embargante na terceira fase de fixação das penas dos crimes de lavagem de capitais e evasão de divisas (artigo 71 do Código Penal). Tal prática resulta em manifesta violação aos princípios da obrigatoriedade de fundamentação das decisões, da individualização da pena e da proporcionalidade.

Com base na referida tabela, o v. acórdão considerou que a reiteração de quaisquer desses crimes – lavagem de dinheiro ou evasão de

divisas – sendo superior a seis vezes, implicaria no aumento máximo de 2/3 previsto no artigo 71 do Código Penal.

Fica evidente, contudo, a gritante diferença da natureza dos crimes considerados neste e nos outros casos apresentados na justificção da malograda tabela, o que conduz a uma manifesta desproporcionalidade ante a adoção do mesmo critério quantitativo, matemático e objetivo para tão diversos crimes, sem que se faça a devida e fundamentada individualização da pena.

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. Porém, é 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.

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 concreto, oferecendo balizadas tão largas – de 1/6 a 2/3 – e libertando-o de critérios apriorísticos, o v. acórdão se encaminhou exatamente na direção contrária, incidindo em violação aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

O critério matemático tomado por esse Supremo Tribunal Federal esvazia o papel do juiz na individualização da pena de acordo com as circunstâncias do caso concreto e no que deveria ser a obrigatoriedade de fundamentar, em todos os seus aspectos objetivos e subjetivos, a sua decisão.

Conforme lição do Eminentíssimo Ministro Ayres Britto que, ao decidir pela inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, reconheceu que no

ordenamento jurídico pátrio é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória: “o processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material”²⁸.

Nesse contexto, percebe-se que a utilização fria e matemática de uma tabela x, que sempre apresentará um resultado automático e robotizado diante da inserção de um número y e de reiterações delitivas, fere de morte essa possibilidade do julgador caminhar com discricionariedade no amplo espectro da alternatividade sancionatória, tolhendo, justamente, o balanceamento de circunstâncias subjetivas do caso a caso, que se produzem a partir do princípio da individualização da pena, exatamente como ocorrido no caso dos autos.

Portanto, a pena total imposta à **Kátia Rabello** neste processo configura verdadeira coação ilegal, uma vez que esse Supremo Tribunal Federal, ao proceder na dosimetria da pena da embargante, incorreu em *error in iudicando* e violou o modelo trifásico de fixação da pena do Código Penal, em flagrante contrariedade aos princípios da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, da individualização da pena, do *ne*

²⁸ STF – HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RTJ VOL-00220- PP-00402 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333

bis in idem, da proporcionalidade e da legalidade previstos na Constituição Federal.

4. Conclusão

Diante do exposto, aguarda a embargante o recebimento e provimento dos presentes embargos para o fim de ser absolvida do crime de quadrilha ou bando, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, nos termos dos votos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Carmen Lúcia e Dias Toffoli.

Subsidiariamente, requer o conhecimento e provimento dos embargos para que seja reduzida a pena aplicada para o crime de quadrilha, nos termos dos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Teori Zavascki, Dias Toffoli e Marco Aurélio.

Por fim, requer a concessão de *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, para sanar todas as coações ilegais aqui apontadas e que subsistem contra a embargante.

Pede deferimento.

De São Paulo para Brasília, 8 de novembro de 2013.

José Carlos Dias

OAB/SP – 16.009

Theodomiro Dias Neto

OAB/SP – 96.583

Elaine Angel

OAB/SP – 130.664

Philippe Alves do Nascimento

OAB/SP – 309.369