

VOTO-VISTA

Preliminarmente, acolho o relatório já lançado.

No mérito dos embargos opostos, adianto aderir à argumentação exposta pelo Relator, com exceção do terceiro ponto (p. 8-10), que versa sobre os quantitativos de pena a título de “voto médio” impostos aos réus Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos e Fernando Affonso Collor de Mello.

O ponto no qual eu, respeitosamente, divirjo do eminente Relator relaciona-se à compreensão do que seria o “voto médio por consenso” e de quais seriam as limitações de sua aplicação em matéria penal, especificamente sobre o **quantum** das penas impostas.

Não se trata, de forma alguma e por óbvio, de censura ou reforma dos votos dos eminentes pares, até porque, conforme pude registrar na sessão plenária,

“[n]ão cabe a nenhum de nós censurar ou tolher o conteúdo do voto de quem quer que seja. Evidentemente, se aquele que condenou em determinado crime que, depois, eventualmente, foi desclassificado quiser manter a dosimetria do crime, ele o pode fazer. Cabe à Presidência proclamar o resultado de acordo com o que a maioria definiu. É tão cristalino e simples” (eDoc. 708, p. 867).

Cuida-se, isto sim, de trazer considerações sobre requisitos específicos para a formação de “voto médio” e da necessidade de haver motivação judicial explícita e fundamentada em matérias legal e constitucionalmente regradadas, como é o caso da matéria penal. A ausência dessas condições e sua aclamação por “consenso”, em minha compreensão, acomete o acórdão de obscuridade e de contradição.

Ainda, a presença de blocos de votos que tiveram igual número de aderências pelas penas fixadas - as quais não se identificam com o que proclamado como “voto médio” - impõe, em minha compreensão, o reconhecimento: i) de erro material no julgamento (no caso do réu Pedro

Paulo B. de Leoni Ramos); bem como, ii) em caso de empate, a prevalência da pena mais favorável ao réu (no caso de Fernando Affonso Collor de Mello).

Início, para melhor elucidação dessas ideias, pela manifestação da Procuradoria-Geral da República em contrarrazões:

“Da leitura dos debates ocorridos durante a sessão de julgamento, após o voto de cada um dos Ministros, observa-se que o Ministro Alexandre de Moraes, Revisor da Ação Penal nº 1.025/STF, foi escolhido como o relator para o acórdão e definida a dosimetria apontada por ele na fixação das penas dos Embargantes (fls. 8821 e seguintes), assim considerado o voto médio. De fato, na composição da dosimetria, venceu a proposta do Ministro Alexandre de Moraes, que considerou a culpabilidade acentuada de Fernando Collor em razão de ter praticado crimes durante o mandato, já investido da confiança do eleitorado. Também influenciou o incremento da pena a circunstância de o ex-parlamentar ter se valido de sua influência política para beneficiar interesses econômicos particulares. Nesse cenário, os integrantes da Corte, compreendendo a existência de divergência em relação ao quantum da pena, definiram e concordaram pela implementação da pena como aquela estabelecida no voto do Ministro condutor para o acórdão. Isto é, no momento do julgamento, os julgadores recortam, nesse ponto, os seus votos para aderirem ao quanto definido pelo Ministro Alexandre de Moraes” (Edoc. 714, p. 321-355).

Deste recorte, colho a premissa que indica a origem de equívoco que aparentemente contaminou as conclusões seguintes, em especial, a proclamação do resultado: a redatoria para o acórdão recaiu sobre o Ministro Alexandre de Moraes por expressa determinação do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal, tendo sido, na espécie, o primeiro a abrir divergência em relação ao relator originário.

Do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal consta a seguinte regra:

“Art. 135. Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade.

§ 1º Os Ministros poderão antecipar o voto se o Presidente autorizar.

§ 2º Encerrada a votação, o Presidente proclamará a decisão.

§ 3º Se o Relator for vencido, ficará designado o Revisor para redigir o acórdão.

§ 4º Se não houver Revisor, ou se este também ficar vencido, designar-se-á para redigir o acórdão o Ministro que houver proferido o primeiro voto prevalecente, ressalvado o disposto no art. 324, § 3º, deste Regimento. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 49, de 3 de junho de 2014)” (grifos nossos).

Foi por força da subsunção do caso concreto nesse dispositivo que a redação do acórdão coube ao Ministro **Alexandre de Moraes**, visto que ele divergiu do Relator no juízo de condenação. **Ao contrário do que aduzido pela PGR, a redação do acórdão não lhe coube por ele ter proferido o “voto médio”, tampouco por seu voto ter angariado o apoio da maior parte do colegiado no tocante às dosimetrias de pena, como mais adiante demonstrarei.**

Pois bem. Esse primeiro ponto é crucial na análise do “voto médio” aferido no caso concreto, porque revela a possibilidade de ele ser distinto, no que tange às penas impostas, do voto do Revisor, que se tornou o redator do acórdão.

A segunda questão relevante a se considerar é que a formação de “voto médio” somente pode ocorrer na segunda etapa da sentença penal. Isso porque o édito condenatório passa por duas etapas: i) juízo positivo de condenação do réu pelas imputações a ele feitas, e ii) definição da pena concretamente aplicada pelo sistema trifásico de análise da pena, conforme legalmente regrado (art. 68, CP).

O juízo de condenação ou absolvição e a dosimetria da pena são momentos (capítulos) distintos da deliberação, deles devendo participar todos os julgadores que formam o colegiado, sobretudo porque, no caso de condenação do réu, a compreensão dos Ministros que votaram por sua absolvição deve ser refletida no resultado final do julgamento da Corte.

Caso isso não ocorresse, a pena final imposta ao réu não refletiria a

vontade do colegiado, e sim a da maioria, formada em torno da condenação. Retirar-se-ia da decisão do colegiado a parte dissonante, minoritária, como se ela não compusesse a decisão final.

Essa racionalidade foi, uma vez mais, evidenciada na questão de ordem suscitada pela Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra **Rosa Weber**, no julgamento do mérito da presente ação penal. Nela ratificou-se, por maioria, a conclusão¹ segundo a qual, nos casos de prevalência do juízo condenatório, os julgadores que tiverem votado pela absolvição do réu também devem participar da deliberação da dosimetria das penas.

A interpretação empregada pelo Pleno prestigiou a função do Tribunal Supremo de orientar toda a estrutura judiciária sobre a melhor interpretação normativa com relação ao tema, notadamente em cumprimento ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da CF). No ponto, colho da lição da professora Paula Pessoa Pereira:

“Ainda que paire sobre os tribunais a ideia de que sua função consiste em resolver casos particulares, eles devem pensar na resolução do caso sob os auspícios da definição de uma justificação normativa que tenha pretensão universalizável, ou seja, que possa ser aplicada em todos os casos concretos semelhantes. Caso contrário, a resposta jurisdicional dada aos litigantes, ali situados em sua frente, será a de um governo de homens, e não efetivamente a de um governo de direito, que tem por objetivo realizar a justiça formal, ao menos na dimensão procedimental do Estado.

Nesse cenário, a atividade jurisdicional tem duas funções principais a desenvolver e cumprir, quais sejam: a primeira refere-se ao dever de resolução das disputas jurídicas, porquanto sociedades complexas como a nossa precisam de uma instituição que seja capaz de resolver conclusivamente os litígios decorrentes da reivindicação dos direitos e de sua aplicação, função atribuída, dentro da

organização dos Poderes de Estado, aos tribunais enquanto instituições independentes dos demais atores políticos e sociais e vinculadas ao sistema positivo de direito e às argumentações jurídicas em disputa no processo judicial. **A segunda função diz respeito ao objetivo de enriquecimento do estoque das normas jurídicas, por meio da atividade de interpretação e aplicação do direito no processo judicial.**

Compete aos juízes, na prática jurisdicional, tutelar o adequado e efetivo cumprimento dos valores que justificam o Estado de Direito, uma vez que, no espaço das decisões judiciais, a deliberação argumentativa do Direito se desenvolve com o fim de se chegar a um acordo ou imposição de qual interpretação deve ser atribuída à norma jurídica em deliberação, de modo a garantir, no mesmo ato, a solução mais adequada ao caso concreto e para a formação do sistema jurídico” (PEREIRA, Paula Pessoa. **Supermaioria como regra de decisão na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: UFPR- Doutorado, 2017 – grifos nossos).

É justamente esse dever jurisdicional que impõe, em casos como o presente, a cisão deliberativa, com momentos autônomos, os quais, compostos, promovem a solução jurídica.

Em termos concretos, no primeiro momento deliberativo, ou seja: na delimitação dos tipos penais e de suas causas de aumento, Sua Excelência o Relator ficou vencido em pontos substanciais de seu voto.

A primeira divergência subsequente a seu voto relativamente aos tipos penais e à abrangência das condenações foi exposta pelo Ministro Alexandre de Moraes. Por ser o revisor, Sua Excelência ficou como redator do acórdão. Note-se que a razão para isso não foi o fato de ele ter exarado o voto de maior aderência na segunda etapa deliberativa.

A posição de Sua Excelência formou maioria em torno das seguintes discordâncias em relação ao voto do Relator:

- não incidência no tipo previsto no § 1º do art. 317 do CP (corrupção

majorada², tendo a maioria se formado pela subsunção do caso no **caput** do art. 317 do CP (corrupção simples);

- impossibilidade de se contarem em concurso material as condutas típicas enquadradas no art. 1º da Lei 9.613/1998;
- subsunção dos fatos no art. 2º, **caput**, da Lei nº 12.850/2013 (organização criminosa), tendo ocorrido a desclassificação do crime cometido para associação criminosa (art. 288 do CP), com o conseqüente reconhecimento da prescrição da respectiva pretensão punitiva em relação a todos os réus.

Neste ponto, portanto, com a adesão de outros ministros a sua fundamentação e a clara adoção por eles de suas **rationes decidendi**, formou-se maioria, encerrando-se a primeira etapa, com a delimitação da fundamentação subsequente, notadamente quanto aos tipos penais.

Nada impedia que, tomada essa primeira etapa como “principal”, o Ministro **Alexandre de Moraes** se tornasse o redator do acórdão (em razão de ter divergido do Relator e de a divergência ter se tornado majoritária). No entanto, isso não implica logicamente a adoção das penas por ele dosadas (por se tratar de outra etapa deliberativa), as quais não formaram maioria ou bloco majoritário na segunda etapa. Aqui reside, ao que me parece, o ponto de inflexão de onde partiu o equívoco na contagem das penas “vencedoras” relativas à prática do crime de corrupção simples (art. 317, **caput**, do CP) pelos réus Pedro Paulo e Fernando Collor.

É que, no segundo momento, ao se repassarem os votos proferidos pelos Ministros da Corte, iniciou-se a etapa de adesão (ou não) às penas propostas³, e, nela, com a mais respeitosa vênia, não prevaleceram as

2 Pela causa especial de aumento. “Art. 317: Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em conseqüência da vantagem ou promessa, **o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional**”.

3 Deixarei de me referir às condenações e às penas correlatas impostas aos réus pelo crime de associação criminosa, considerando reconhecida sua extinção pela prescrição da

penas indicadas pelo Ministro Revisor com relação aos réus Fernando Collor de Mello e Pedro Paulo de Leoni Ramos), ainda que se adote a técnica do “voto-médio”.

No que tange ao ponto em que divirjo da redação do acórdão, ou seja, quanto às penas impostas aos réus Fernando Affonso Collor de Mello e Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos pela prática do crime de corrupção passiva (art. 317, **caput**, do CP), estas foram as penas propostas:

1º bloco de votos (Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux):

O **Revisor**, em relação ao réu **Fernando Collor de Mello**, votou por sua condenação em **4 anos e 4 meses de reclusão** e de 55 dias-multa (Edoc. 708, p. 504-7).

Para o réu **Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos**, o Revisor impôs as penas de **4 anos e 1 mês de reclusão** e 30 dias-multa (Edoc. 708, p. 510- 511).

As propostas de pena do Revisor foram acompanhadas pelo Ministro **Luiz Fux**.

2º bloco de votos (Ministros André Mendonça, Nunes Marques, Dias Toffoli e Gilmar Mendes):

Sua Excelência o **Ministro André Mendonça**, ao dosar penas para o réu **Fernando Collor de Mello**, impôs-lhe **4 anos de reclusão** e 80 dias-multa (Edoc. 708, p. 605).

Apenou, ademais, o réu **Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos** com **3 anos, 8 meses de reclusão** e 68 dias-multa (Edoc. 708, p. 607).

A essa corrente aderimos os **Ministros Gilmar Mendes, Nunes Marques e eu, somando 4 votos**.

3º bloco de votos (Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e

pretensão punitiva, sendo, portanto, irrelevantes para o objeto dos embargos.

Cármem Lúcia):

O **Ministro Roberto Barroso**, em relação ao réu **Fernando Collor de Mello**, votou pela imposição das penas de **5 anos e 9 meses de reclusão** e 55 dias-multa (Edoc. 708,p.862).

Quanto ao réu **Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos**, propôs as penas de **3 anos de reclusão** e 30 dias-multa (Edoc. 708, p. 863).

Aderiram a essa dosimetria as **Ministras Rosa Weber e Cármem Lúcia**, formando um bloco de 3 votos.

4º posição (Ministro Edson Fachin):

O relator, **Ministro Edson Fachin**, manteve a dosimetria das penas que havia proposto em seu voto, mesmo após a maioria dos ministros ter firmado compreensão contrária a sua em torno da desclassificação da corrupção na forma majorada (§ 1º do art. 317 do CP) para a forma simples (caput do mesmo artigo).

Dentro desse cenário, Sua Excelência fixou a **pena provisória** do réu **Fernando Collor de Mello**, para o crime de corrupção (art. 317, caput, CP), em **4 anos de reclusão e 40 dias-multa**.

Embora, na sequência, tenha-lhe majorado (em um terço) a pena, por entender aplicável a **causa especial de aumento prevista no § 1º**, essa tipicidade não prevaleceu no colegiado, de modo que a pena fixada pelo **Ministro relator** deve ser computada antes desse aumento, o que resulta em **4 anos de reclusão e 40 dias-multa** (eDOC 708, p. 217-224).

De forma análoga, o Relator fixou as penas do réu **Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos**, em **4 anos** de prisão e 26 dias-multa pela corrupção majorada (art. 317, § 1º, do CP); **sem a causa especial de aumento**, no entanto, a pena fixada pelo **Ministro Relator** ficou em **3 anos de reclusão e multa**.

ADERÊNCIA, JUSTIFICAÇÃO OU FUNDAMENTAÇÃO DO VOTO E CONTINÊNCIA COMO REQUISITOS PARA A FORMAÇÃO DE MAIORIA. FAVOR REI

Examinados os blocos formados (acima resumidos⁴) sob o prisma da aderência, da fundamentação e da continência lógica, conclui-se que é equivocada a interpretação de que o “voto médio” ou “voto vencedor” na dosimetria seria o do Ministro **Alexandre de Moraes**, com a devida vênia.

No que tange à dosimetria das penas, o voto que mais teve adesões dos eminentes ministros foi o proferido pelo Ministro André Mendonça, uma vez que nos juntamos a ele os Ministros Gilmar Mendes, Nunes Marques e eu.

Além disso, decotada a causa especial de aumento para o crime em tela (corrupção passiva) da dosimetria realizada pelo Relator, a pena provisória por ele imposta torna-se definitiva e se identifica com a proposta por essa corrente (formada pelos ministros André Mendonça, Gilmar Mendes, Nunes Marques e eu).

Embasar a dosimetria de penas em “consenso” e em “voto médio” gera, potencialmente, obscuridade com relação às razões de decidir, visto que, para que a decisão judicial seja válida, notadamente em matéria penal, a dosimetria das penas deve, por força de dispositivos constitucionais e legais observar um “iter” trifásico, dentro do qual cada circunstância judicial, agravante, atenuante, minorante e majorante deve ser fundamentada de forma individualizada.

Assim, mesmo para quem as admita, as técnicas de “consenso” e de “voto médio” devem ser aplicadas sob determinadas condições em casos penais. As penas adotadas pelo Ministro Redator, por exemplo, não podem ser automaticamente consideradas consensuais, carecendo, para tanto, que os ministros concordem em adotar os mesmos parâmetros legais (circunstâncias judiciais, agravantes, atenuantes, minorantes e majorantes), e as mesmas valorações nos vetores que influem no

4 Perceba-se, na espécie, que a desclassificação do tipo da organização criminosa para o de associação criminosa, proposta pelo Ministro André Mendonça, assim como o reconhecimento subsequente de sua prescrição em relação a todos os réus, em nada influencia nas conclusões seguintes, na medida em que essas decisões foram referendadas quase unanimemente pelo colegiado (apenas um ministro não aderiu a essa compreensão), de modo a não reverberar na fixação da corrente de maior adesão fundamentada.

quantitativo de pena (distinguindo-se, portanto, unicamente as quantidades de aumento ou de diminuição). E isso não ocorreu no presente caso.

Daí que o dever de fundamentar cada pena dentro da legalidade estrita torna-se de tal modo imprescindível que sua inobservância (e, a depender do caso, sua deficiência relevante) pode acarretar a nulidade da decisão.

A propósito, preleciona Aury Lopes Jr:

“A fundamentação das decisões judiciais é uma garantia expressamente prevista no art. 93, IX, da Constituição e é fundamental para a avaliação do raciocínio desenvolvido na valoração da prova. Serve para o controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. **Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal.** Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório” (LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 2022, p.117).

A latência deste comando em matéria de fixação de pena ganha ainda maior densidade pelo princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/88), que remete à legislação penal a regulação do raciocínio judicial para se chegar a sua fixação. Como se sabe, essa regulação (art. 68, CP) e de sua densificação pretoriana, é bastante hermética, limitando a discricionariedade judicial na fixação de penas aos réus condenados.

De nossa jurisprudência, extraio, as seguintes passagens:

"O Supremo Tribunal decidiu que 'a necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. Trata-se de garantia constitucional que junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a

decidir neste ou naquele sentido'. A própria legalidade da pena está vinculada 'ao motivado exame judicial das circunstâncias do delito', o qual deve representar 'um exercício racional de fundamentação e ponderação dos efeitos éticos e sociais da sanção, embasado nas peculiaridades do caso concreto, e no senso de realidade do órgão sentenciante'" (HC nº 102.278/RN, Rel. Min. **Ayres Britto**. j. 19/10/2010)

"(...) Não basta, portanto, a simples menção às variáveis do art. 68 do Código Penal (A pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento). (RHC 107.213/RS. Rel. Min. **Cármem Lúcia**, Primeira Turma, DJe de 22/6/11.)

Por isso a imprescindibilidade de maior rigor na motivação da pena imposta, evitando arbitrariedades ou mesmo a prevalência de componentes de acentuada carga subjetiva, o que, em meu juízo afasta completamente a decisão de penas por "consenso", ainda que, para tanto, aluda-se à técnica de decisão **per curiam**, como ocorreu ao longo do julgamento do mérito da presente ação.

Em estudo sobre o método deliberativo usado no sistema **per curiam** Lewis Kornhauser e Lawrence Sager refletem sobre as exigências para o voto médio. **Vide:**

"In the ordinary case, the answer to this metaquestion is so clear that the question itself is effaced. As we observed earlier, when the Supreme Court hears a case and, for example, six Justices agree as to both outcome and rationale, while one Justice concurs and two others dissent, the question of collegial agency is firmly settled. Were the Justices to vote on whether the judgment of the Court should be that sponsored by the majority, and the rationale of the Court that proffered by the majority, we would expect the Justices to be untroubled and unanimous in their affirmation of each of these propositions. In a paradoxical case, however, the question of collegial agency is open and problematic. In such a case, a multi-judge court ought to make that question and its resolution an explicit, reflective, articulated, and formal part of its decision of the case. The judges should deliberate about the appropriate collegial action to take in the

case before them, given their convictions about all those matters that they would be called on to determine were they deciding the case as individuals rather than as a group. They should vote on the question of collegial action as they would any other question, and they should proffer an opinion or several opinions justifying their metavote” (KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. **The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts**. California Law Review, vol. 81, n.º 1, 1993. p.30)

(Em um caso comum, a resposta a esta metaquestão é tão clara que a própria questão desaparece. Como observamos anteriormente, quando a Suprema Corte ouve um caso e, por exemplo, seis Juízes concordam tanto com o resultado quanto com a justificativa, enquanto um Juiz concorda com o resultado e outros dois divergem, a questão da agência colegial é firmemente resolvida. Se os Juízes votassem se o julgamento da Corte deveria ser patrocinado pela maioria, e a justificativa da Corte fosse a oferecida pela maioria, esperaríamos que os Juízes estivessem tranquilos e unânimes em sua afirmação de cada uma dessas proposições.

Em um caso paradoxal, no entanto, a questão da agência colegial é aberta e problemática. **Em tal caso, um tribunal com múltiplos juízes deveria tornar essa questão e sua resolução parte explícita, reflexiva, articulada e formal de sua decisão sobre o caso.** Os juízes deveriam deliberar sobre a ação colegial apropriada a tomar no caso diante deles, dadas suas convicções sobre todos aqueles assuntos que seriam chamados a determinar se estivessem decidindo o caso como indivíduos, em vez de como grupo. Eles deveriam votar sobre a questão da ação colegial como qualquer outra questão, e deveriam oferecer uma opinião ou várias opiniões justificando seu metavoto (em tradução livre).

Por seu turno, o “voto médio”, em casos penais, pode se revelar uma técnica de decisão colegiada nas estritas balizas legais, como acima mencionado. A propósito de sua utilização, lembro que, no julgamento da AP nº 470, refletimos a seu respeito, mas a discussão acabou restando prejudicada. Naquela assentada, Sua Excelência, o Ministro **Ricardo Lewandowski**, então revisor, advertiu:

“O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR):

— Eu quero dizer o seguinte: eu refleti muito porque achei que um dia nós iríamos nos deparar com essa questão do voto médio. Como no Direito Penal nós temos que seguir estritamente o princípio da legalidade – o princípio da legalidade estrita –, não existe em Direito Penal o voto médio, porque, suponha-se que tenhamos certa maioria que leve a uma pena muito exacerbada e outra minoria vencida que fixe a pena num patamar bastante menor, o voto médio aproximar-se-á, realmente, dessa maioria que exacerbou a pena num patamar muito elevado. Assim, penso que o voto médio, em Direito Penal, em matéria penal, não pode ser adotado. Temos que ter outra solução de desempate.”

Na ocasião, aliás, mesmo depois dos esforços em se aproximarem as penas impostas pelos julgadores que formavam os dois grandes blocos de julgadores da Corte, pontuou Sua Excelência, com a habitual acuidade:

“O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR):

— Presidente, eu queria dizer o seguinte: **eu louvo os esforços do eminente Decano da Corte no sentido de chegar a um consenso quanto à fixação da pena.** Mas eu queria dizer, também, o seguinte: se a primeira vez que nós chegamos a um impasse na fixação da pena, a Suprema Corte do País vai decidir esse impasse em prejuízo do réu. Isso causa espécie porque, até este momento, Senhor Presidente, nós sempre aderimos ou à pena fixada pelo Relator ou o Revisor.

Quer dizer, então, chegamos a um impasse agora e estamos tentando fazer cálculos para chegar a uma dosimetria que piora a situação do réu.”

As percucientes observações do Ministro Ricardo Lewandowski, especialmente sua advertência quanto à vedação ao agravamento de situações jurídicas por meio de pretensão apelo ao “consenso”, aplicam-se ao presente caso.

Com efeito, aqui, ao se rejeitarem os embargos dos réus sob o argumento de que as **penas foram fixadas por “consenso”**, se estará mantendo, **como consequência, a imputação de penas mais gravosas aos réus do que aquelas que resultariam da aplicação da técnica do “voto médio”**.

Isso porque, depois de votadas por cada ministro as absolvições e as penas correlatas às condenações – por réu e imputações – houve a formação de blocos de adesão, como fiz questão de demonstrar neste voto.

Nesse cenário, não há como argumentar que, ao final, teriam sido superadas as dosimetrias realizadas, em observância à legalidade estrita e aos deveres de fundamentar e individualizar as penas constitucionalmente previstos, por meio de “consenso” do colegiado em torno das penas impostas pelo i. revisor.

Como dito alhures, Sua Excelência, o Ministro Revisor tornou-se redator do acórdão, por força do art. 135 do RISTF, porque divergiu do Relator na primeira etapa do julgamento (sobre a condenação ou não dos réus e a subsunção dos fatos nos tipos penais), e não porque proferiu voto em torno do qual se formou a maioria ou o “voto médio” em relação à segunda etapa do julgamento, como já apontado.

Assim, embora não pretenda, por ora, excluir a possibilidade de contarmos com a técnica do “voto médio”, faço as presentes ressalvas no sentido de sua adaptação em matéria penal e, também, para que sejam observadas as particularidades do caso concreto, em que é possível extraí-lo de outra forma que não em prejuízo dos réus.

A compreensão mais razoável (legal e constitucionalmente) parece-me ser, portanto, a de que o **“voto médio” seja composto pelas razões de decidir da dosimetria realizada pelo ministro que contou com a maior aderência dos pares, em cada etapa deliberativa**, em deferência à colegialidade que, tradicionalmente em nosso ordenamento, expressa-se pela técnica **seriatim**⁵.

5 O sistema brasileiro de decisões colegiadas é, primordialmente, o “seriatim” (por tradição e também pelo disposto no art. 941 do CPC), em que a decisão é tomada e divulgada por meio do compilado dos votos dos magistrados que compõem os colegiados. No julgamento

Dentro dessa lógica e limitado ao terceiro ponto objeto dos embargos⁶, o primeiro passo é reconhecer a ausência de formação de maioria, sem apelo às relações de continência da teoria dos conjuntos, quanto a algum⁷ dos votos sobre a dosimetria das penas, bem como a impossibilidade, por nulidade, da técnica de “consenso”, nos termos antes expostos.

Especificamente em relação ao réu Pedro Paulo de Leoni Ramos, o erro material na proclamação da pena em relação ao crime de corrupção passiva é evidenciado pela simples contagem dos votos proferidos e pode ter sido ocasionado pela desclassificação tanto da figura majorada da corrupção (art. 317, § 1º, CP) para a simples (art. 317, Caput, CP) como pela desclassificação do crime de organização criminosa (art. 2º da Lei 12.850/13) para o de associação (art. 288, CP), relativamente ao qual, relembre-se, reconheceu-se a extinção da punibilidade pela prescrição, de modo que não podia ser contabilizado na contagem do “voto médio”.

Isso não impediu, no entanto, a extração do voto de cada ministro sobre a pena fixada em relação ao réu⁸ (decoada a majorante do § 1º do art. 317 do CP para a figura da corrupção simples)

A tabela abaixo ilustra as posições quanto às penas fixadas:

em questão aludiu-se à adoção da técnica **per curiam**, em que há apenas um pronunciamento representante da posição institucional da Corte, ao se justificar a proclamação do resultado das penas por “consenso”.

6 “3. ALEGAÇÃO DE QUE A PENA IMPOSTA NÃO CORRESPONDE AO VOTO MÉDIO DISCUTIDO PELO PLENÁRIO (Fernando Affonso Collor de Mello e Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos)”.

7 Ressalvado o caso do embargante Luís Pereira Duarte, que desborda do tópico por mim delimitado para discussão, em relação a quem já antecipei acompanhar o Revisor, que não acolhe os embargos.

8 Interessando somente esta pena, porque, sobre a figura típica da associação criminosa já havia se operado a prescrição tal qual reconhecido pela Corte.

Ministro	Penas atribuídas	Acórdão
Alexandre de Moraes	4 anos e 1 mês de reclusão e 30 dias-multa	"Tendo por parâmetro as circunstâncias judiciais acima balizadas, considerando que 02 (duas) delas são desfavoráveis para o réu Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos, justifica-se o estabelecimento da reprimenda acima do mínimo legal, razão pela qual FIXO A PENA-BASE do réu Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos, que será PENA DEFINITIVA, pois ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como não aplicável a causa especial de aumento de pena prevista no art. 317, § 1º, do Código Penal, conforme analisado anteriormente, em 04 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão e 30 (trinta) dias-multa" (Edoc. 708, p. 511).
Luíz Fux	4 anos e 1 mês de reclusão e 30 dias-multa	"eu estou acompanhando Vossa Excelência, quando fixa a pena total em 4 anos de reclusão e 30 dias-multa, é isso? O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (REVISOR) - Quatro anos e um mês . O SENHOR MINISTRO LUIZ FUZ: Quatro anos e um mês" (Edoc. 708, p. 865/866).
André Mendonça	3 anos e 8 meses de reclusão e 68 dias-multa	"Assim, fixo a pena-base de Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos , no que toca ao crime de corrupção passiva, em 3 anos, 8 meses de reclusão e 68 dias-multa " (Edoc. 708, p. 607).
Dias Toffoli	3 anos e 8 meses de reclusão e 68 dias-multa	"Sendo bastante rápido, Senhora Presidente, acompanho a dosimetria do Ministro André Mendonça , com a vênha dos outros colegas que votaram de outra maneira" (Edoc. 708, p. 867).
Gilmar Mendes	3 anos e 8 meses de reclusão e 68 dias-multa	" Estou acompanhando, em linhas gerais, no que diz respeito à reprimenda, o Ministro André Mendonça , aguardando apenas a ressalva quanto aos danos morais, com relação aos três réus" (Edoc. 708, p. 872).
Nunes Marques	3 anos e 8 meses de reclusão e 68 dias-multa ⁹	"Assim, imponho definitivamente a pena em 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão , a ser cumprida no regime aberto (Código Penal, art. 33, §2º), por reputá-la suficiente a título de reprovação e prevenção do delito imputado ao réu" (Edoc. 708, p. 667).
Edson Fachin	3 anos de reclusão e 20 dias-multa	"Considerando a valoração negativa dessas 2 (duas) circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa para o delito de corrupção passiva " (Edoc. 708, p. 225).

9 Porque, ao final, acompanhou integralmente as penas aplicadas pelo i. ministro André Mendonça.

Luís Roberto Barroso	3 anos de reclusão e 30 dias-multa	"No tocante ao réu Pedro Paulo Leoni, acompanho o Relator na valoração das circunstâncias judiciais e nas circunstâncias em geral. Estou fixando a pena em 3 anos de reclusão e 30 dias-multa " (Edo. 708, p. 863).
Rosa Weber	3 anos de reclusão e 30 dias-multa	"(...) faço a devida adequação do meu voto, quanto à dosimetria, à que mais se aproxima da que nele calculara e que reputara a mais adequada. Fazendo essa adequação, acompanho, na íntegra, no ponto o voto do Ministro Luís Roberto Barroso (Edoc. 708, p. 873).
Cármen Lúcia	3 anos de reclusão e 30 dias-multa	"Por essa razão, de maneira extremamente sucinta, estou, neste caso, acompanhando, tanto para Fernando Afonso Collor de Mello, na corrupção, 5 anos e 9 meses, mais 55 dias, enfim, o que Vossa Excelência já anotou, acompanhando o voto do Ministro Roberto Barroso " (Edoc. 708, p. 869).

Como dito alhures, **Pedro Paulo B. de Leoni Ramos foi condenado pela pena mais alta do julgamento, imposta apenas por dois Ministros (Alexandre de Moraes e Luiz Fux), não correspondendo, portanto, de todos os pontos de vista, a um “voto médio” do Plenário desta Casa.**

Da leitura dos votos no que concerne à dosimetria, vê-se que a pena imposta a Pedro Paulo pelo Ministro **André Mendonça**, "à luz do **caput** do art. 317", foi de "3 anos e 8 meses, com 68 dias-multa", no que foi acompanhado por mim e pelos **Ministros Gilmar Mendes e Nunes Marques**.

Em linha diversa, ainda mais branda, os votos das **Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia** acompanharam o do **Ministro Roberto Barroso**, que, por seu turno, coincidiu com o voto do **Ministro Edson Fachin** quando aplicado o **caput** do art. 317 do CP, sem a incidência, portanto, do § 1º do mesmo artigo, afastada por votação unânime quanto ao réu Leoni Ramos.

Constata-se, pois, erro material a ser sanado: formados os blocos de votos por quatro votos por uma pena de 3 anos; quatro votos por uma de 3 anos e 8 meses, e apenas dois votos pela pena de 4 anos e 1 mês, é evidente que a última pena nunca poderia ter sido proclamada como a decorrente de “voto médio” do colegiado. Houve, em verdade, empate em 4 votos para as penas de 3 anos de reclusão e de 3 anos e 8 meses de reclusão, havendo um bloco de dois votos pela pena mais alta de 4 anos e

1 (mês) de reclusão.

Pois bem. Pela técnica do “voto médio”, considerando-se a possibilidade de o bloco de dois votos “somar-se” logicamente¹⁰ ao de quatro votos, chega-se a uma maioria de 6 votos pela pena de 3 anos e 8 meses de reclusão. Está, portanto, equivocada a imposição ao réu da pena de 4 anos e 1 mês de reclusão, a qual foi indevidamente atribuída como resultante do “voto médio”.

No caso concreto, portanto, em que não ocorreu a adesão da maioria dos ministros a um dos votos proferidos, em que procedida a análise legalmente regrada (em todas as três etapas, nos termos do art. 68, CP – e para cada tipo penal), para manter hígida a escolha da técnica de “voto médio”, é forçoso reconhecer que a pena imposta ao réu Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos é aquela votada pelo Ministro André Mendonça: 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão (e multa, de 80 dias-multa) para o delito de corrupção passiva simples (art. 317, caput, CP).

Razões análogas aplicadas ao réu Fernando Affonso Collor de Mello conduzem a semelhante desfecho quanto às penas que lhe foram imputadas a título de voto médio, também no tocante ao crime de corrupção passiva simples.

As penas a ele aplicadas estão assim tabeladas:

Ministro	Pena atribuída	Acórdão
Alexandre de Moraes	4 anos e 4 meses de reclusão e 30 dias-multa	"O total da pena imposta a Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos fica estabelecido em 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão e 30 (trinta) dias-multa" (p. 512).
Luiz Fux	4 anos e 4 meses de reclusão e 30 dias multa.	Acompanhou, também neste ponto o voto do i. revisor. (Edoc. 708, P. 865/866)".
André	4 anos de	" Por fim, na terceira e derradeira fase da dosimetria,

¹⁰ Pela teoria dos conjuntos, em matéria penal, as penas maiores, caso afastadas, podem aderir-se às imediatamente menores, sendo possível argumentar-se que “quem condena por mais, condena pelo menor mais próximo” o que, no caso concreto equivaleria a considerar que quem votou por 4 anos e 1 mês (considerados exatamente os mesmos fatores de aumento e diminuição, como na hipótese) votaria em 3 anos e 8 meses.

Mendonça	reclusão e 80 dias-multa	como já argumentado ao longo do voto, deixo de aplicar a causa de aumento do § 1º do art. 317, tornando definitiva a pena do delito de corrupção passiva em 4 anos de reclusão e 80 dias-multa, no valor unitário de quinze salários mínimos cada". (Edoc. 708, p. 605)
Dias Toffoli	4 anos de reclusão e 80 dias-multa	"Sendo bastante rápido, Senhora Presidente, acompanho a dosimetria do Ministro André Mendonça , com a vênia dos outros colegas que votaram de outra maneira" (Edoc. 708, p. 867).
Gilmar Mendes	4 anos de reclusão e 80 dias-multa	" Estou acompanhando , em linhas gerais, no que diz respeito à reprimenda, o Ministro André Mendonça , aguardando apenas a ressalva quanto aos danos morais, com relação aos três réus" (Edoc. 708, p. 872).
Nunes Marques	4 anos de reclusão e 80 dias-multa	"Na tentativa de buscar um retrato do Colegiado – e tenho voto alongado explicitando a dosimetria –, tão logo recebi os votos dos Colegas, ajuste o meu nos termos do proferido pelo ministro André Mendonça . Ao analisar os fundamentos adotados pelos ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, notei similaridades. Posso aguardar para ajustar no final, mas acompanho o ministro André Mendonça . (eDoc., 708, p. 857)
Edson Fachin	4 anos de reclusão (resultado da pena decorrente das duas primeiras fases, considerando a retirada da causa especial de aumento - § 1º - afastada pela maioria)	"Na segunda fase do procedimento de individualização da pena, tem-se que o acusado, nascido em 12.8.1949, conta atualmente com 73 (setenta e três) anos de idade, a atrair a incidência da circunstância atenuante prevista no art. 61, I, do Código Penal. Nada obstante, tem incidência, também, a circunstância agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal, tendo em vista o protagonismo exercido pelo acusado na organização e direção da atividade dos demais envolvidos nas práticas delitivas, conforme demonstrado pelo conjunto probatório. Não havendo preponderância entre as circunstâncias atenuante e agravante incidentes na hipótese (art. 67 do Código Penal), é legítima a compensação entre o decréscimo e o acréscimo de pena impostos pelas normas já analisadas, razão pela qual, nesta fase, a reprimenda é provisoriamente mantida no mesmo patamar de 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 40 (quarenta) dias-multa . (Edoc. 708, p. 220)
Luís Roberto Barroso	5 anos e 9 meses de reclusão e 55 dias-multa.	"De modo que eu torno definitiva a pena pela corrupção passiva em 5 anos e 9 meses e 55 dias-multa". (Edoc. 708, p. 859)
Rosa Weber	5 anos e 9 meses de reclusão e 55 dias-multa.	"(...) faço a devida adequação do meu voto, quanto à dosimetria, à que mais se aproxima da que nele

	dias-multa.	calculara e que reputara a mais adequada. Fazendo essa adequação, acompanho, na íntegra, no ponto o voto do Ministro Luís Roberto Barroso (Edoc. 708, p. 873).
Cármem Lúcia	5 anos e 9 meses de reclusão e 55 dias-multa.	"Por essa razão, de maneira extremamente sucinta, estou, neste caso, acompanhando, tanto para Fernando Afonso Collor de Mello, na corrupção, 5 anos e 9 meses, mais 55 dias, enfim, o que Vossa Excelência já anotou, acompanhando o voto do Ministro Roberto Barroso " (Edoc. 708, p. 869).

No caso do réu Fernando A. Collor de Mello, como se vê, decotada a causa especial de aumento da figura da corrupção (considerando que o colegiado a afastou, não podendo, assim, ser computada), **a pena que lhe foi imposta pelo Ministro Relator identifica-se com as impostas pelos Ministros André Mendonça, Nunes Marques, Gilmar Mendes e eu, a formar o maior bloco de votos idênticos, com 5 votos.**

Esse é o voto que deve prevalecer, pois, considerando-se a lógica da teoria dos conjuntos retromencionada foi, entre os votos com as penas mais severas, o que formou maioria.

O Código de Processo Penal determina, em alusão aos princípios de **in dubio pro reo** e **favor rei**, que, em caso de empate, prevalece a decisão mais favorável ao réu. Interpretando-se isso no contexto do **caput** do art. 615 do CPP, chega-se à seguinte formulação: **decisão mais favorável ao réu só não se aplica se houver decisão majoritária a ele menos favorável.**

A inteligência do art. 615 do CPP abarca, por óbvio, as hipóteses de dosimetria de penas.

Aliás, o princípio do **favor rei** é condição imprescindível para a existência do estado democrático de direito, de modo que abarca inclusive possíveis dissídios em todos os momentos do exercício da punição estatal. Acerca do princípio, diz Giuseppe Bettiol:

“No hay en verdad Estado autenticamente libre y democrático en el cual tal principio no haya encontrado acogida, de ahí que en los esquemas jurídicos de semejante organización estatal siempre estará presente un estímulo hacia un reconocimiento de libertad y de

*autonomía de la persona humana” (BETTIOL, **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977).*

(“Não há, de fato, estado verdadeiramente livre e democrático no qual tal princípio não tenha encontrado acolhida; portanto, nos arranjos jurídicos de uma organização estatal semelhante, sempre estará presente um estímulo em direção ao reconhecimento da liberdade e autonomia da pessoa humana”, tradução livre).

No caso concreto, portanto, deve-se reconhecer que a pena imposta ao réu Fernando Affonso Collor de Mello é a menor dentre as que empataram com cinco votos (ainda que se consideram dois conjuntos, como dito), ou seja: 4 anos de reclusão e multa e 80 dias-multa.

Assim, a solução legal nessa hipótese é inexoravelmente a proclamação da pena de 4 (quatro) anos de reclusão e de 80 dias-multa.

Aplicadas as premissas fáticas e jurídicas à espécie, é forçoso reconhecer que as penas aplicáveis segundo a decisão do colegiado são as seguintes:

- **PEDRO PAULO BERGAMASCHI DE LEONI RAMOS: 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 68 (sessenta e oito) dias-multa** (dosadas nos termos do voto do Ministro **André Mendonça**).
- **FERNANDO AFFONSO COLLOR DE MELLO: 4 (quatro) anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa** (dosadas nos termos do voto proferido pelo Ministro **André Mendonça**).

Ante o exposto, **acolho parcialmente os embargos declaratórios – divergindo do Revisor com relação ao item 3 de seu voto, para reconhecer erro material na proclamação das dosimetrias das penas e, em consequência, fixá-las nos seguintes parâmetros:**

- **PEDRO PAULO BERGAMASCHI DE LEONI RAMOS: 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 68 (sessenta e oito) dias-multa** (dosadas nos termos do voto proferido pelo Ministro **André Mendonça**).

- **FERNANDO AFFONSO COLLOR DE MELLO: 4 anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa** (dosadas nos termos do voto proferido pelo Ministro **André Mendonça**).

É como voto.