

Excelentíssimo Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Digníssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Ação Penal nº 470.

“O afã de chegar-se a dias melhores não pode resultar em menosprezo ao arcabouço normativo vigente.”¹

Cristiano de Mello Paz, já devidamente qualificado nos autos supra referidos, vem, respeitosamente, à elevada presença de Vossa Excelência, por intermédio de seu advogado abaixo indicado, apresentar os presentes **embargos declaratórios**, com efeitos infringentes, com fulcro no que preceitua o artigo 337 do Regimento Interno desta Corte Suprema, o que faz com base nos fatos e fundamentos jurídicos abaixo aduzidos.

1. Do cabimento dos presentes embargos de declaração.

Dispõe o artigo 337 do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal que cabem embargos de declaração, quando houver no acórdão **obscuridade, dúvida, contradição** ou **omissão** que devam ser sanadas.

Em se saneando, vale dizer, é imperioso destacar que hão de ser conferidos efeitos infringentes² ao presente recurso, na medida em que a eliminação das contradições, dúvidas e obscuridades e, ainda, o suprimimento das omissões, implicarão em mudança radical da parte dispositiva do acórdão atacado, culminando na necessária reforma da condenação.

2. Do erro quanto à soma das penas aplicadas. Lealdade processual.

¹ Min. Marco Aurélio de Mello. STF. HC 92.423.

² Da posição mais antiga, no sentido de que os embargos de declaração não poderiam modificar ou reformar a sentença ou acórdão (RT 219/331), os tribunais têm francamente admitido seu efeito infringente, nos lindes traçados pela ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão (RT 604/656 e 606/295; RJTJSP 100/540). Aliás, é da própria natureza das coisas que a eliminação da contradição possa levar à radical mudança da parte dispositiva da decisão; e o suprimimento da omissão implica frequentemente acréscimo nos capítulos da sentença. In GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 12ª ed., São Paulo: RT, 2011, p. 227/228.

Por **lealdade processual**, destaca-se, de início, que o eminente Ministro Relator equivocou-se na soma das penas impostas ao recorrente, conforme se depreende à fl. 58.010 de seu voto, no instante em que aplica a regra do concurso material.

Assim, verifica-se que ao proceder a soma das penas aplicadas a Cristiano Paz, conclui pelo montante de 25 (vinte e cinco) anos, 5 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, quando deveria ter atingido, pelos parâmetros expostos, o montante de 25 (vinte e cinco) anos, 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Induidoso, portanto, desde já, o cabimento dos presentes embargos declaratórios, que colaborarão com a boa prestação jurisdicional.

3. Condenações.

3.1. Da condenação pela prática do delito de corrupção ativa. Deputado João Paulo Cunha. Item III.1 (alínea ‘b.1’) da denúncia.

Tem-se, neste ponto específico, **dúvida** considerável a respeito de uma presunção que, uma vez estabelecida, serviu de alicerce à condenação do recorrente.

Senão, vejamos.

O eminente Ministro Relator sustenta em seu voto que:

O Sr. JOÃO PAULO CUNHA reuniu-se com o Sr. MARCOS VALÉRIO **na véspera do recebimento de vantagem indevida**. A reunião ocorreu no dia **3 de setembro de 2003**, durante um **café da manhã privado na residência oficial**, e foi confirmada pela secretária de JOÃO PAULO CUNHA, Sra. Silvana Japiassú (...), e pelo próprio réu (...). (Grifos no original). (Fl. 52.265).

Em seguida, afirma sua Excelência que:

Exatamente **no dia seguinte a essa reunião**, o Sr. JOÃO PAULO CUNHA recebeu R\$ 50.000,00, em espécie, oriundos de cheque da SMP&B, disponibilizado pela agência do Banco Rural em Brasília. E **apenas onze dias depois** do recebimento desse dinheiro por JOÃO PAULO CUNHA, o Presidente da Comissão Especial de Licitação, que havia sido constituída e nomeada pelo acusado, **assinou o Edital da Concorrência nº 11/03** da Câmara dos Deputados (...) datado de **15 de setembro de 2003**, que resultaria na contratação da SMP&B pela Câmara dos Deputados em 31 de dezembro de 2003. (Grifos no original). (Fl. 52.265).

Conclui Sua Excelência, partindo destes dois fatos, que a suposta vantagem indevida entregue ao Deputado João Paulo Cunha, no dia 4 de setembro, teria sido pactuada no dia anterior, 3 de setembro, no dito café da manhã privado, ocorrido na residência oficial do Presidente da Câmara dos Deputados.

Em seguida, na tentativa de se estabelecer um liame entre Cristiano Paz e os fatos supostamente ilícitos, sustenta o Ministro Relator, através da nota de rodapé número 12 (doze) de seu voto (à fl. 52.398) que:

Consta do Apenso 43, vol. 1, que o Sr. CRISTIANO PAZ voltou de Brasília para Belo Horizonte junto com MARCOS VALÉRIO no dia 3 de setembro, véspera do pagamento da vantagem indevida (voo 1689: fls. 64 – MARCOS VALÉRIO; e fls. 78 – CRISTIANO PAZ).

A partir desta simples informação – mesmo voo de retorno de Brasília – presume o julgador que Cristiano Paz teria participado do café da manhã com o Deputado João Paulo Cunha.

Entretanto, esta presunção não encontra alicerce nas provas carreadas aos autos.

Gize-se que o próprio Deputado João Paulo Cunha, em seu depoimento – transcrito pelo Ministro Relator – informa que, no café da manhã, Marcos Valério estava acompanhado de uma terceira pessoa, estranha ao depoente. Assim:

Que a empresa DNA, de propriedade do Sr. MARCOS VALÉRIO, foi a responsável pela campanha eleitoral do declarante para o cargo de Presidente da Câmara dos Deputados; (...) Que não pode precisar o número de vezes que se encontrou com o Sr. Marcos Valério durante a campanha em referência, contudo ressalta que esse número não é superior a dez vezes durante a campanha; Que a campanha do declarante iniciou-se em dezembro de 2002, terminando em 15 de fevereiro de 2003, data em que ocorreu a eleição para a presidência da Câmara; (...) Que durante o período em que o declarante exerceu o cargo de Presidente da Câmara ocorreram encontros entre o declarante e o Sr. MARCOS VALÉRIO; Que não sabe precisar o número de encontros ocorridos com o Sr. MARCOS VALÉRIO; Que todos os encontros ocorreram nas dependências da Câmara dos Deputados e na residência oficial; Que ressalta ter se encontrado com o Sr. MARCOS VALÉRIO, uma vez, no ano de 2003, em um hotel da cidade de São Paulo/SP, onde se encontrava presente o Sr. LUÍS COSTA PINTO, e foram tratados assuntos referentes às campanhas eleitorais municipais do ano de 2004; **Que ressalta que um desses encontros ocorreu durante o café da manhã e que o Sr. MARCOS VALÉRIO estava acompanhado de uma pessoa, do qual não se recorda a identidade** (...) (fls. 1876/1879, vol. 9, grifou-se).

Considerando-se o fato de que a campanha publicitária para a Presidência da Câmara dos Deputados se deu entre os meses de dezembro de 2002 e fevereiro de 2003, o Deputado João Paulo Cunha já conhecia, quando daquele café da manhã, o réu Cristiano Paz³, razão pela qual não teria dificuldades em recordar sua identidade.

Parece claro, portanto, que a presunção estabelecida pelo Ministro Relator, no sentido de que Cristiano Paz teria participado do café da manhã com o corréu João Paulo Cunha é equivocada ou, no mínimo, **duvidosa**.

A verdade é que, naquelas semanas, a SMP&B de Brasília passava por reformulações, o que tornava necessária a presença de Cristiano Paz, em diversas

³ Neste sentido, o corréu João Paulo Cunha informou, em seu depoimento de fls. 15.434/15.436, que: “na campanha para Presidente da Câmara [leia-se, entre dezembro de 2002 e fevereiro de 2003] conheceu o Sr. Ramon Hollerbach; que conheceu Cristiano Paz na sede da SMP&B em Belo Horizonte”. No mesmo sentido, o próprio Ministro Relator afirma, à fl. 52.272, existir uma “relação prévia entre o acusado JOÃO PAULO CUNHA e os réus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH, iniciada em sua campanha à Presidência da Câmara dos Deputados, entre dezembro de 2002 e fevereiro de 2003”.

ocasiões. Neste sentido, a título de exemplo, verifica-se no volume 1 do apenso 43, que Cristiano Paz esteve em Brasília nos dias 2, 3, 10, 16, 23 e 24 de setembro de 2003.

Inclusive, é de se destacar que no malfadado dia 3 de setembro de 2003, - volta de Cristiano Paz a Belo Horizonte -, o Sr. Augusto Coelho, diretor de criação da SMP&B, também voltou de Brasília para a Capital Mineira, pela manhã, tal como se depreende à fl. 80 do citado volume.

Além do mais, vale realçar que as passagens de Marcos Valério (fl. 64, apenso 43, vol. 1) e de Cristiano Paz (fl. 78, apenso 43, vol. 1) possuem localizadores diferentes (WB7SDV e Z95PBR) o que leva à inafastável conclusão de que foram emitidas em momentos distintos.

Mais ainda: a agenda da secretária Fernanda Karina Somaggio, analisada pela Polícia Federal, às fls. 1071/1082 dos autos, indicou, no dia 3 de setembro de 2003 (fl. 1076) a seguinte anotação: “Marcos – PLU – CGH – BSB – 08:30h, café da manhã com Presid. João Paulo na residência oficial, ligar Silvana antes”. Outra vez, não há qualquer referência à Cristiano Paz.

É incontestável, portanto, que o simples fato de Cristiano Paz ter voltado de Brasília no mesmo voo de Marcos Valério não pode servir como lastro para se afirmar que o mesmo participou do encontro⁴ com o Deputado João Paulo Cunha⁵.

Há, como dito, a respeito da afirmação do Ministro Relator, no mínimo uma situação de **dúvida** que, no Direito Penal, deve ser resolvida a favor do réu.

Além disso, tem-se que o acórdão é **omisso** em relação à prova constante dos autos, que demonstrou, de maneira cristalina, que o deputado João Paulo Cunha não

⁴ Destaca-se que idêntica “premissa” é fixada, equivocadamente, pelo Ministro Luiz Fux, à fl. 53.175.

⁵ Diga-se, inclusive, que o Ministro Ricardo Lewandowski votou pela absolvição do réu neste ponto ao argumento de que “a acusação, no entanto, não logrou êxito em evidenciar qual o ato de ofício perseguido pelo grupo de MARCOS VALÉRIO e CRISTIANO PAZ ao entregar o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ao corréu JOÃO PAULO CUNHA, sendo a construção desenvolvida na denúncia totalmente insuficiente para estabelecer o necessário liame entre a vantagem que lhe foi entregue e a licitação vencida pela agência SMP&B”. (Fls. 52.632/52.633). No mesmo sentido, o Ministro Dias Toffoli à fl. 53.301.

possuía competência para influenciar os trabalhos da Comissão Permanente de Licitações.

Assim:

(...) O Sr. Marcelo Leonardo – OAB/MG 25328: Em 2003, o senhor participou de uma comissão especial de licitação também para a contratação de agência de publicidade e propaganda para a Câmara?

O Sr. Ronaldo Gomes de Souza: Em 2003, participei de duas. Você está se referindo à segunda, não é isso?

O Sr. Marcelo Leonardo – OAB/MG 25328: À segunda, isso.

O Sr. Ronaldo Gomes de Souza: Aí não seria uma comissão especial, já foi a Comissão Permanente de Licitação que conduziu.

O Sr. Marcelo Leonardo – OAB/MG 25328: Nessa de 2003, o senhor era o presidente da comissão e foi o senhor quem assinou o edital?

O Sr. Ronaldo Gomes de Souza: Fui eu quem assinou o edital.

O Sr. Marcelo Leonardo – OAB/MG 25328: Na elaboração desse edital, o senhor atendeu a algum tipo de pedido, orientação, influência, contato do presidente da Câmara dos Deputados, João Paulo Cunha?

O Sr. Ronaldo Gomes de Souza: Desculpe-me ser até um pouco vaidoso em responder isso, jamais alguém teria coragem de me fazer um pedido desse.

(...) (Fls. 42.416/42.417).

(...) O Sr. Sérgio Rodrigues Leonardo – OAB/MG 85000: Em resumo, qual foi a participação efetiva do presidente da Câmara dos Deputados nesse procedimento licitatório, que o senhor tenha conhecimento?

O Sr. Marcos Magro Nardon: Diretamente, nenhuma. Acredito que ele tenha dado autorização ao diretor-geral para o início do procedimento licitatório, mas apenas isso. (...) (Fl. 42.350).

Por estas simples razões, não podem prosperar as alegações ministeriais no sentido de que:

Justamente em razão do plexo de atribuições do Presidente da Câmara dos Deputados que envolvia decisões e prática de atos administrativos concernentes à concorrência nº 11/03 e a execução do contrato nº 2003/204.0, dele decorrente, Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon

Hollerbach ofereceram e, posteriormente, pagaram R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a João Paulo Cunha. (Fl. 115 das alegações escritas do Ministério Público Federal).

Desta forma, além de inexistir nos autos prova de qualquer participação do réu no oferecimento, promessa ou mesmo pagamento de vantagem ao Deputado João Paulo Cunha, de outro lado restou comprovado que as decisões concernentes ao procedimento licitatório em questão, não compunham o plexo das atribuições do Presidente da Câmara dos Deputados.

Evidentemente, não merecem acolhida as alegações ministeriais de que os atos de ofício estavam incluídos no rol de atribuições do Presidente da Câmara dos Deputados, pelo simples fato de que lhe cabia nomear⁶ os membros da comissão, alterar a sua composição⁷ ou mesmo revogar⁸ a licitação, pelo simples fato de que uma vez constituída a comissão, o Presidente da Câmara dos Deputados, sobre a mesma, não tinha mais ingerência, tendo tido ela, por óbvio, autonomia para tomar as decisões até final dos trabalhos.

Assim sendo, resta também evidente que não havia qualquer motivo para corromper o funcionário público em questão, na medida em que este não possuía qualquer interferência nos trabalhos da Comissão Permanente de Licitação.

Por tudo isso, requer-se, através destes embargos declaratórios, o saneamento da questão, declarando-se a **dúvida** e a **omissão**, expostas neste tópico, o que importará na concessão de efeitos infringentes ao presente recurso, absolvendo-se o réu do crime de corrupção ativa em relação ao réu João Paulo Cunha.

Além disso, um último ponto de relevo merece ser destacado.

6 “Cabia-lhe, por exemplo, nomear a comissão de licitação, fato confirmado em seu interrogatório”. (Fl. 122 das alegações escritas do Ministério Público Federal).

7 “Do mesmo modo, podia alterar a composição da comissão de licitação, total ou parcialmente”. (Fl. 123 das alegações escritas do Ministério Público Federal).

8 “Podia também, e estava inserido em seu plexo de atribuições, revogar a licitação, por conveniência administrativa, desde que julgasse necessário”. (Fl. 123 das alegações escritas do Ministério Público Federal).

Verifica-se à fl. 53.840 que o Ministro C  zar Peluso, ao finalizar a análise do t  pico III.1 da denúncia, foi **omisso** em relação ao recorrente, quando da edição do dispositivo:

Diante de todo o exposto, tem-se que:

- a) João Paulo Cunha está incursão nas penas do art. 317, caput, combinado com o art. 327,    2  , ambos do Código Penal; e do art. 312, caput, combinado com o art. 327,    2  ; tudo em combinação com o art. 29, caput, e com o art. 69, caput, do Código Penal.
- b) Marcos Valério está incursão nas penas do art. 312, caput, combinado com o art. 333, caput, ainda em combinação com o art. 29, caput, e art. 69, caput, todos do Código Penal.

Esta clara **omissão**    causa de nulidade, posto que o dispositivo é requisito essencial da sentença, tal como previsto pelo inciso V do artigo 381 do Código de Processo Penal.

Neste sentido, vale precisar o voto do Ministro Pedro Chaves, em aresto deste Supremo Tribunal Federal (RTJ 36/136):

Pouco importa que o relatório tenha feito menção a um artigo do Código. O relatório faz menção a um artigo que a denúncia incluiu e que a sentença final pode modificar. O artigo    expresse: a sentença conter   o dispositivo legal infringido.

Ou seja: caso não se entenda pela declaração das **omissões** e **d  vidas** supra indicadas, faz-se necessária, ao menos, a **correção** do dispositivo do voto do Ministro C  zar Peluso, o que se requer neste t  pico de forma alternativa.

3.2. Da condenação pela prática do delito de peculato. Contrato firmado entre a SMP&B e a Câmara dos Deputados. Item III.1 (  linea ‘b.2’) da denúncia.

Neste ponto, sustentou o Ministério Público Federal que o contrato da SMP&B Comunicação com a Câmara dos Deputados foi utilizado para o desvio de recursos públicos, na medida em que

310. (...) descumprindo a avença, a SMP&B Comunicação subcontratou a execução integral do objeto pactuado, recebendo a remuneração prevista no contrato sem exercer atividades que autorizassem os pagamentos.

311. Desse total, apenas o valor de R\$ 17.091,00 (dezessete mil e noventa e um reais) representou o serviço executado diretamente pela empresa SMP&B Comunicação, o que correspondeu a 0,01% do objeto contratual, tendo sido subcontratado 99,9%.

312. Mesmo que se exclua o item 'veiculação de propaganda em órgãos de comunicação', tese desenvolvida pela defesa, a terceirização do objeto ainda alcançou o patamar de 97,68%.

313. É fato incontroverso, extraído dos dados oriundos da execução contratual, que a empresa SMP&B Comunicação nada produziu. (...) (Fl. 45.224).

No mesmo sentido, o eminente Ministro Relator afirma em seu voto que:

(...) o crime de peculato se consumou porque o papel da SMP&B, durante todo o período de execução do contrato 2003/204.0 com a Câmara, foi, em essência, o de mera recebedora de honorários. Isso se deu pelo excessivo volume de subcontratações ao longo de um ano de contrato: 99,9% do total de gastos realizados destinou-se à contratação de terceiros.

De fato, enquanto os gastos da execução contratual somaram R\$ 10.745.902,17 (fls. 34.929), sempre passando pela conta bancária da SMP&B, apenas R\$ 17.091,00 corresponderam a pagamentos por serviços prestados diretamente pela própria agência (...) Vale destacar, ainda, que, depois de diligências realizadas pelos peritos sobre esses raros serviços prestados diretamente pela SMP&B, constatou-se que somente uma parte ainda menor (um quarto) correspondia a atividades de criação da agência: ou seja, ainda menos do que 0,01%.

Evidencia-se, portanto, o desvio de finalidade do contrato, que se destinou à ilícita remuneração da SMP&B sobre a contratação de terceiros, com ônus para a Câmara dos Deputados. (Fls. 52.286/52.287).

Ao final do tópico, condenou-se o recorrente e seus sócios pela prática do crime de peculato:

por terem desviado recursos públicos da Câmara dos Deputados, em proveito próprio, cientes de que a agência SMP&B foi remunerada quase exclusivamente com base em serviços prestados por terceiros, o que importou o desvio de finalidade da contratação, bem como o desvio de recursos públicos. (Fl. 52.323).

Tecnicamente, não há que se falar em subcontratação, na medida em que a agência de publicidade apenas e tão somente contrata serviços de fornecedores, terceiros, com prévia autorização do cliente, para a execução de trabalhos que, supervisionados pela agência, não podem ser executados diretamente por ela, posto que afetos aos mais variados segmentos (v.g., indústria gráfica, indústria fonográfica, indústria cinematográfica, estúdios fotográficos, agências de talentos, organização de eventos, distribuição de materiais publicitários, dentre outros).

Neste sentido, como demonstrado nos autos, as Normas-Padrão da atividade publicitária explicam, em seu capítulo 1, item 1.5, que um fornecedor de serviços:

é a pessoa física ou jurídica especializada e tecnicamente capacitada a fornecer os serviços ou suprimentos necessários ao estudo, concepção e execução da publicidade, em complementação ou apoio às atividades da agência, anunciante e veículo.

Ou seja: não há efetivamente subcontratação, mas tão somente uma contratação direta de um terceiro⁹, para a prestação de um serviço necessário ao objeto do contrato, desde que previamente autorizado pelo cliente.

⁹ Nos termos do que preceituam o artigo 3º da Lei nº 4.680/65 e o artigo 6º do Decreto Regulamentar nº 57.690/66.

O papel de uma agência de publicidade é justamente o de articular¹⁰ o serviço das mais variadas empresas e profissionais¹¹, sendo que o maior dispêndio se verifica quando da veiculação da mídia¹².

É justamente neste ponto que reside uma **omissão** do acórdão, que justifica o pedido de declaração.

Conforme destacado pela defesa, quando da apresentação de suas alegações finais, o Tribunal de Contas da União, através do acórdão n° 430/2008, proferido no processo n° TC – 012.040/2005-0, teve a oportunidade de apreciar a execução do contrato firmado entre a Câmara dos Deputados e a SMP&B.

Assim, após detida análise do tema, a Corte de Contas determinou o arquivamento do feito, considerando que tanto os serviços contratados, quanto os valores pagos a título de honorários à SMP&B, foram regulares.

Neste sentido, sustentou o recorrente em suas alegações finais:

Quanto à execução do contrato, **o colendo Tribunal de Contas da União**, através do Acórdão n° 430/2008, proferido no Processo n° TC – 012.040/2005-0 (doc. 01), que se junta a estas razões, **determinou o arquivamento dos autos, considerando que tanto os serviços contratados, como os valores pagos a título de honorários à SMP&B foram regulares. Em resumo, não houve peculato e nem houve descumprimento do contrato por parte da empresa.**

¹⁰ Neste sentido, vale destacar que ao contratar o montante referente a 88,68% do objeto do contrato firmado houve obediência à cláusula 9.7 do Edital, na medida em que o repasse do objeto se deu de maneira parcial e, ainda, preservou-se a coordenação dos trabalhos, pela agência, de forma que sua atuação se manteve preponderante na execução do objeto como um todo. Além disso, o contrato firmado entre a Câmara dos Deputados e a SMP&B não estabelecia qualquer limite percentual para contratações de fornecedores de serviços. Esta é a constatação, inclusive, dos peritos do INC, à fl. 34.938, em resposta ao quesito número 5. Sobre o tema, manifestou-se o Ministro Dias Toffoli à fl. 53.282: “embora efetivamente tenham ocorrido subcontratações, essa prática não configura o delito de peculato, uma vez que empreendida em consonância com permissivo constante de cláusulas contratuais”.

¹¹ O papel de uma agência de publicidade é justamente o de inspecionar os trabalhos contratados junto a terceiros, tal como previsto pelo artigo 2° da Lei n° 12.232/10.

¹² Conforme destacado pelos peritos do INC, à fl. 34.939, os gastos com veiculações corresponderam a 65,53% do contrato.

Assinala o douto Ministro Relator, Raimundo Carreiro, em sua conclusão que:

30. Analisado o presente feito, verificou-se que as irregularidades referentes a serviços não prestados, motivo da proposta de citação de alguns responsáveis, por ocasião da realização da auditoria inicial, não procediam, **já que se comprovou, conforme relatório da equipe de inspeção, que tais serviços tinham sido realizados.** (Grifamos).

No tocante à subcontratação havida na execução do contrato, o egrégio Tribunal de Contas da União esclareceu a questão assim:

25.2 Análise.

25.2.1 As informações apresentadas pelo Diretor-Geral, respaldadas pela documentação constante dos autos, são bastante consistentes. A irregularidade apontada diz respeito ao total da subcontratação, que teria atingido 99,9% do contrato, o que configuraria infração legal, que proíbe a subcontratação total do objeto do contrato. Quando, na realidade, verifica-se, pelos dados anexados que esse percentual atingiu 88,68%, que apesar de alto, para esse tipo de trabalho pode ser considerado normal, como muito bem esclarecido pelo informante.

Ainda o r. Acórdão teve a oportunidade de esclarecer que o papel das agências de publicidade é articular o serviço de várias empresas e profissionais, sendo que o maior dispêndio verifica-se quando da veiculação e sempre a maior parte dos recursos são gastos com terceiros, que efetivamente divulgam as campanhas institucionais.

Assim é o Tribunal de Contas da União que dá conta, após análise pormenorizada de toda a documentação alusiva ao contrato 2003/204.0, da regularidade de sua execução.

As cláusulas contratuais (doc. 02) que tratam da remuneração da contratada SMP&B, têm o seguinte teor:

CLÁUSULA OITAVA – DA REMUNERAÇÃO

Pelos serviços prestados, a CONTRATADA será remunerada da seguinte forma:

a) 20% (vinte por cento) dos valores representativos dos custos internos incorridos em trabalhos realizados pela CONTRATADA, a título de ressarcimento parcial, observados como limite máximo desses valores os previstos na tabela de preço do Sindicato das Agências de Propaganda do Distrito Federal;

b) honorários de 5% (cinco por cento) incidentes sobre os custos comprovados e previamente autorizados de serviços realizados por terceiros, com a efetiva intermediação da CONTRATADA, referentes à elaboração de peças e materiais cuja distribuição não lhe proporcione o desconto de agência a ser concedido pelos veículos de divulgação nos termos da Cláusula Nona. Esses honorários serão calculados sobre o preço líquido, assim entendido o preço efetivamente faturado, dele excluído o valor dos impostos cujo recolhimento seja de competência da CONTRATADA.

(...)

CLÁUSULA NONA – DO DESCONTO DE AGÊNCIA

Além da remuneração prevista na Cláusula Oitava, a CONTRATADA fará jus ao desconto de agência – à base de um percentual bruto de 20% (vinte por cento) dos preços de tabela ou dos preços acertados para veiculação, prevalecendo sempre o menor dos dois – a ser concedido pelos veículos de comunicação, em conformidade com o art. 11 da Lei nº 4.680/65 e com o art. 11 do Regulamento de que trata o Decreto nº 57.690/66.

Parágrafo único – Do desconto de agência a que faz jus, a CONTRATADA repassará à CONTRATANTE, sob forma de desconto, o equivalente a 5 (cinco) pontos percentuais do valor total e permanecerá com os restantes 15 (quinze) pontos percentuais, no ato de pagamento de cada uma das respectivas faturas.

Tendo em vista as normas contratuais supra transcritas, o Laudo de Exame Contábil nº 1947/2009-INC/DITEC/DPF assim explicitou:

A base de remuneração do contrato é a seguinte:

- Desconto de 80% em custos internos dos valores previstos na tabela do Sindicato das Agências de Propaganda do Distrito Federal;
- Taxa de 5% sobre custos de produção cujas peças não proporcionem comissão de veiculação;

- Comissão de Veiculação concedida pelos veículos de 20%. Dessa comissão, repasse à Contratante sob a forma de desconto de 5% do valor total (acordo Conselho Executivo das Normas-Padrão-CENP).

Colhe-se tanto do acórdão do Tribunal de Contas da União, como do laudo de exame, já referidos, que a remuneração da SMP&B cingiu-se ao que foi pactuado no Contrato n° 2003/204.0, conforme tabela 6, do aludido laudo, à fl. 34.932:

Tabela 6: Despesas com veiculações, serviços terceirizados e serviços prestados pela própria SMP&B

	Valor Bruto	Valor Líquido	Valor Líquido Subcontratadas	Honorários Líquidos SMPB
Veiculações	7.041.511,04	6.324.566,92	5.376.228,49	948.338,41
Terceirizações	3.687.300,13	3.315.740,44	3.186.221,06	129.519,40
SMPB	17.091,00	14.621,41	-	14.621,41
Total	10.745.902,17	9.654.928,77	8.562.449,55	1.092.479,22

Questionados sobre a execução do contrato, os peritos ofereceram as seguintes respostas aos quesitos formulados, conforme se verifica à fl. 34.939:

9) Na execução do contrato, em relação às peças de publicidade e propaganda, os serviços de veiculação foram feitos, diretamente, por equipe da SMP&B ou foram terceirizados? Neste último caso, quais foram terceirizados e em que percentual?

44. Terceirizados. Os gastos com veiculações correspondem a 65,53% do contrato. O detalhamento dos serviços de veiculação pode ser visto no Apêndice A.

10) A atividade de seleção, coordenação e supervisão dos serviços terceirizados de produção e veiculação das mesmas peças de publicidade e propaganda, na execução do contrato, era de responsabilidade da SMP&B? Qual foi a remuneração percebida pela SMP&B por esta atividade?

45. Sim. A remuneração total recebida pela SMP&B foi de R\$ 1.092.479,22, sendo que R\$ 948.338,41 correspondem aos honorários líquidos recebidos em função das veiculações e R\$ 129.519,40 correspondem aos honorários líquidos recebidos em função dos serviços terceirizados, conforme tabela 6.

Portanto, **não há qualquer irregularidade ou ilegalidade nos honorários recebidos pela SMP&B, que foram pagos com estrita obediência das normas contratuais.**

Por fim, devem ser ressaltadas, pois contidas no acórdão do Tribunal de Contas da União, as seguintes considerações prestadas pela Direção da Câmara dos Deputados, respondendo aos questionamentos do Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar:

Assim, embora a despesa realizada com terceiros tenha alcançado o valor líquido de R\$ 8.562.449,55, contra os R\$ 1.092.479,22 pagos como honorários líquidos à SMP&B, conforme quadro anexo contendo os valores expendidos nas subcontratações, em instante algum a empresa SMP&B deixou de figurar como a principal responsável pelo objeto do ajuste e pela qualidade técnica dos serviços contratados.

(...) o papel desempenhado pelas agências é de articular os serviços de várias empresas e profissionais, mantendo o conceito definido de planejamento, produção, veiculação e pesquisas de avaliação de resultado.

(...) Um ponto ainda merece ser destacado em contratos dessa natureza. É que, na essência e em verdade, o maior dispêndio, ou seja, os gastos propriamente ditos com as campanhas institucionais verifica-se quando da veiculação.

(...) Em suma, nesse tipo de contrato sempre a maior parte dos recursos serão gastos com terceiros, que efetivamente divulgam as campanhas institucionais.

Destarte, **a imputação de peculato não se sustenta e está a desautorizá-la a prova colhida, mormente a apreciação feita pela Corte de Contas,** que, em sessão plenária, decidiu pelo arquivamento dos autos.

Desta forma, eis que não demonstrada a ocorrência de peculato, **requer o defendente seja absolvido** da imputação que lhe é feita pelo Ministério Público Federal.

Entretanto, em que pese a importância do alegado, tem-se que o voto do Ministro Relator foi **omisso** em relação à tese e, em especial, à análise técnica realizada pela Corte de Contas, limitando-se à alegação (fl. 52.288) de que

A defesa menciona uma decisão do TCU que, com base em informações do Diretor-Geral da Câmara dos Deputados, chegou a uma conclusão distinta sobre o percentual de subcontratação (88,68%). No caso, houve uma alteração no entendimento final da Corte de Contas, que se fundou tão somente em esclarecimentos do então Diretor-Geral da Câmara dos Deputados, Sr. Sérgio Sampaio Contreiras de Almeida, o qual ocupou função durante a Presidência do Sr. JOÃO PAULO CUNHA no órgão legislativo.

Essa conclusão, porém, não está em harmonia com os documentos e laudos periciais produzidos nos autos.

Com a devida vênia, a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, apresentada aos autos por esta e outras defesas, deve ser analisada de maneira detida¹³, (ainda que para rebatê-la) levando-se em conta seus fundamentos técnicos.

O que não se pode aceitar, motivo do pedido de declaração de **omissão**, é que uma decisão proferida por um órgão de competência constitucionalmente estabelecida¹⁴ (art. 71) seja refutada com base na simples afirmação de que “não está em harmonia com os documentos e laudos periciais produzidos nos autos”.

Há uma decisão administrativa, de uma Corte estabelecida pela Constituição Federal que, pela sua importância, deve ser analisada de forma minuciosa, o que não foi feito pela r. decisão condenatória.

Neste sentido, inclusive, manifestou-se o Ministro Ricardo Lewandowski:

Na verdade, o **TCU comprovou que não houve desvio de dinheiro público na execução do contrato e nas subcontratações**, pois, do valor global movimentado (R\$ 10,7 milhões), a SMP&B executou diretamente 11,32% dos serviços e subcontratou 88,68%, pois o percentual de 65,53%,

¹³ Vale dizer, por oportuno, que o voto da Ministra Carmen Lúcia (v. fls. 53.429/53.436) não faz qualquer menção ao acórdão proferido pelo TCU. De igual forma, o Ministro César Peluso não abordou o acórdão, em seu voto de fls. 53.836/53.839. **Omissão** de destaque, que não pode perdurar.

¹⁴ À fl. 53.096, o Ministro Ricardo Lewandowski destacou que havia distribuído aos seus pares “um acórdão da mais alta Corte de Contas do País, assinado por dois ex-presidentes, e outros eminentes ministros-conselheiros, dizendo que todos os serviços contratados pela Câmara dos Deputados foram prestados”.

equivalente a R\$ 7 milhões, foi gasto inteiramente com a veiculação de propaganda em respeitados veículos de comunicação em todo o País.

Ainda que se considere elevado o índice de subcontratações, ou seja, 88,68%, relembro que essa questão não passou *in albis* pela auditoria do TCU. Ao contrário, foi amplamente examinada, conforme excerto do respectivo acórdão que transcrevo a seguir (...).

Com efeito, o Tribunal de Contas da União esclareceu que o elevado índice de subcontratações é comum nos contratos das agências de publicidade, especialmente porque a maior parte dos recursos são gastos com terceiros para veiculação de propaganda em rádios, TVs, jornais e revistas. (Fls. 52.590/52.592, grifamos).

De igual forma, há outro ponto **omisso** que deve ser aclarado: há uma farta documentação acostada aos autos, que não foi sequer analisada pelo Ministro Relator.

Vejamos.

Quando da apresentação de sua resposta (art. 4º da Lei nº 8.038/90), a defesa de Ramon Hollerbach anexou aos autos uma série de documentos que comprovaram a efetiva prestação de serviços pela SMP&B à Câmara dos Deputados.

Estes documentos formaram o apenso 111, com especial destaque aos constantes das fls. 196/250 (vol. 1) e 251/343 (vol. 2).

Entretanto, foram rechaçados pelo Ministro Relator, através do rodapé de número 28 (vinte e oito), às fls. 52.401/52.402, nos seguintes termos:

Os documentos juntados com as alegações preliminares do Sr. RAMON HOLLERBACH (Apenso 111) **não comprovam** que houve efetiva prestação de serviço pela SMP&B. Primeiro, porque se trata (sic) de cópias; segundo, porque não há como associar essas cópias a alguma atividade da SMP&B. Há inclusive, cópias de logomarcas oficiais, que não foram criadas pela agência de publicidade. Além disso, as decisões que autorizaram subcontratações, e os ofícios requisitórios, demonstram que servidores da

Câmara vinham criando campanhas e executando serviços na SECOM, e não há menção, nessas decisões, a eventuais peças ou trabalhos realizados pela SMP&B que demandassem as subcontratações.

Data vênua, neste ponto, há relevante **omissão** do decisum.

Isto porque, sabe-se bem que as fotocópias apresentadas aos autos, sobretudo por advogados regularmente constituídos, hão de ser tidas como válidas, salvo se comprovada a falsidade, após impugnação da parte contrária.

Neste sentido, a doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

451. Reprodução de documentos particulares.

Os documentos particulares podem ser reproduzidos de duas formas:

a) por meios mecânicos, como a fotografia, o xerox etc.; b) por simples traslado.

(...)

Tem prevalecido nos tribunais o entendimento de que a autenticação da cópia de documento nem sempre é requisito de sua acolhida como prova no processo. Se a cópia não é impugnada, há de ter-se como conforme ao original e desse modo gozar do mesmo valor probante do original. Em suma, a conferência ou autenticação de cópia somente é possível se a parte contra quem produzida impugná-la¹⁵.

Ou seja: apresentados os documentos, sem qualquer impugnação da acusação, devem ser considerados válidos e analisados de maneira exaustiva, no que também foi **omisso** o r. acórdão.

Há ainda, neste mesmo tópico, outra **omissão** que necessita ser sanada.

Por vários momentos, em seu voto condutor, o Ministro Relator afirma que “somente R\$ 17.091,00 constituíram pagamentos por serviços prestados diretamente pela

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria do direito processual civil e processo de conhecimento**. 43ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 491. No mesmo sentido, o autor cita alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça (REsp 11.725; MS 919-PE; REsp 162.807; REsp 101.814).

SMP&B” (fls. 52.258, 52.262, 52.287 e 52.306). Segundo o Relator, esta é a conclusão que se extrai do Laudo nº 1947/2009, de lavra do Instituto Nacional de Criminalística.

Entretanto, percebe-se que os peritos consideram como remuneração da agência apenas e tão somente os chamados custos internos, que eram calculados à razão de 20% (vinte por cento) dos preços referenciais constantes da listagem recomendada pelo Sindicato das Agências de Propaganda do Distrito Federal.

Deixaram de considerar, no entanto, os honorários incidentes sobre os serviços de produção executados por terceiros e o percentual retido sobre o valor do desconto-padrão concedido pelos veículos de divulgação, tal como prevê o artigo 11 da Lei nº 4.680/65.

Assim sendo, não se pode chegar à conclusão de quais os serviços foram diretamente prestados pela SMP&B a partir do simples levantamento de quais ocasiões a empresa recebeu o percentual referente aos chamados custos internos, na medida em que, como demonstrado, esta não é a única forma de remuneração da agência.

Como a SMP&B havia concedido à Câmara dos Deputados um desconto de 80% (oitenta por cento) sobre os valores correspondentes aos custos internos, o referido valor tornou-se mínimo e o equilíbrio econômico-financeiro da proposta em questão foi obtido através dos honorários sobre a produção e sobre o valor do desconto-padrão.

Destaca-se, por pertinente, que se encontra nos autos o primeiro aditivo ao contrato nº 2001/082.1, celebrado entre a Câmara dos Deputados e a Denison Brasil Publicidade Ltda.¹⁶, para a prestação de serviços de publicidade institucional da Câmara dos Deputados (v. fls. 398/402, apenso 84, volume 2).

¹⁶ Neste sentido, destacou o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto: “Constatai, então, que esse modelo de remuneração já era utilizado anteriormente pela Câmara dos Deputados na contratação de agências de publicidade. Com efeito, verifiquei que as cláusulas contratuais firmadas na gestão anterior, nos anos de 2002 e 2003, com a empresa DENISON BRASIL PUBLICIDADE continham o mesmo modelo de remuneração utilizado com a agência SMP&B, com uma única diferença: o contrato da empresa DENISON BRASIL, firmado na gestão do então Presidente da Câmara dos Deputados Aécio Neves, não previa nenhuma hipótese de remuneração por serviços diretos (fls. 273-282 do apenso 84). Em outras palavras, tudo o que a agência DENISON BRASIL recebia pelo contrato firmado na gestão anterior à de JOÃO PAULO CUNHA era representado por comissões, nunca por serviços diretos. Daí a surge a seguinte indagação: o fato de a agência DENISON BRASIL ter recebido 100% dos seus honorários por

Deste aditivo, destaca-se que o parágrafo primeiro da cláusula 8º estabelece que:

A CONTRATADA oferecerá **desconto**, com base na tabela de preços do Sindicato das Agências de Propaganda do Distrito Federal de **100% (cem por cento) sobre os custos internos de produção** (criação, montagem, leiaute, arte-finalização, etc.) necessários à execução da estratégia de divulgação aprovada pela CONTRATANTE.

Assim, apenas a título exemplificativo, se for considerado válido o raciocínio empreendido pelos peritos do INC, tal como se depreende do Laudo nº 1947/2009, chegar-se-á à conclusão de que não houve serviços prestados diretamente pela agência.

Evidentemente, portanto, não se constata o volume de trabalho de uma agência de publicidade a partir do valor recebido referente aos custos internos de produção, de forma que esta **incoerência**, constante do acórdão, deve também ser aclarada.

Um último ponto de relevo merece ser destacado, tal como realizado no item anterior.

Verifica-se à fl. 53.840 que o Ministro César Peluso, ao finalizar a análise do tópico III.1 da denúncia, foi **omisso** em relação ao recorrente, quando da edição do dispositivo:

Diante de todo o exposto, tem-se que:

- c) João Paulo Cunha está incurso nas penas do art. 317, caput, combinado com o art. 327, § 2º, ambos do Código Penal; e do art. 312, caput, combinado com o art. 327, § 2º; tudo em combinação com o art. 29, caput, e com o art. 69, caput, do Código Penal.
- d) Marcos Valério está incurso nas penas do art. 312, caput, combinado com o art. 333, caput, ainda em combinação com o art. 29, caput, e art. 69, caput, todos do Código Penal.

meio de comissões de serviços terceirizados, efetivamente realizados, configura crime de peculato? A resposta é desenganadamente negativa, como diria o Ministro Marco Aurélio. Isso porque, como se sabe, as agências de publicidade são remuneradas, basicamente, por meio de comissões”. (Fls. 52.603/52.604).

Esta clara **omissão** é causa de nulidade, posto que o dispositivo é requisito essencial da sentença, tal como previsto pelo inciso V do artigo 381 do Código de Processo Penal.

Neste sentido, vale reiterar o voto do Ministro Pedro Chaves, em aresto deste STF (RTJ 36/136):

Pouco importa que o relatório tenha feito menção a um artigo do Código. O relatório faz menção a um artigo que a denúncia incluiu e que a sentença final pode modificar. O artigo é expresso: a sentença conterà o dispositivo legal infringido.

Por tudo isso, requer-se, através destes embargos declaratórios, o saneamento da questão, declarando-se as **omissões**, expostas neste tópico, o que importará na concessão de efeitos infringentes ao presente recurso, absolvendo-se o réu do crime de peculato em relação à Câmara dos Deputados.

Caso não se entenda desta forma, o que só se admite com fulcro no princípio da eventualidade, há de ser **corrigido**, ao menos, o dispositivo do voto do Ministro Cezar Peluso, o que se requer neste tópico de forma alternativa.

3.3. a) Da condenação pela prática do delito de corrupção ativa. Henrique Pizzolato. Item III.3 (alínea ‘c.1’) da denúncia; b) Da condenação pela prática do delito de peculato. Contrato firmado entre a DNA Propaganda e o Banco do Brasil. Itens III.2 (alínea ‘b’) e III.3 (alínea ‘c.2’) da denúncia.

Sustentou o Ministério Público Federal em sua denúncia que:

Henrique Pizzolato, em razão do cargo de Diretor de Marketing do Banco do Brasil, também recebeu de Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Rogério Tolentino, valendo-se de um intermediário, na data de 15 de janeiro de 2004, a quantia de R\$ 326.660,67 como contraprestação pelos

benefícios ilicitamente proporcionados, no exercício de sua função, ao grupo empresarial de Marcos Valério. (Fl. 61 da denúncia).

Em resposta, a defesa teve a oportunidade de produzir farta prova, demonstrando de forma cabal que Cristiano Paz era completamente alheio às questões relativas à DNA Propaganda.

Ainda assim, entendeu-se pela sua condenação, valendo-se, em síntese, dos seguintes argumentos:

(...) O Sr. Walfrido dos Mares Guia afirmou, em testemunho prestado nestes autos, depois da morte do Sr. Daniel Freitas em 2002, a SMP&B e a DNA passaram a ser controladas pelo mesmo grupo (v. 98, fls. 21.272/9), ou seja, Srs. MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH. (Fl. 52.346).

(...)

Tratou-se, mais uma vez, de cheque nominal à DNA Propaganda e endossado à própria agência, contendo assinatura do réu CRISTIANO PAZ (fls. 732, Apenso 87, volume 3). O Sr. CRISTIANO PAZ também assinou documento em que o repasse foi descrito como “pagamento de fornecedor” (fls. 734, Apenso 87, volume 3), embora o cheque se destinasse ao pagamento de vantagem indevida ao Sr. HENRIQUE PIZZOLATO, na mesma data. (Fl. 52.386)

(...)

Os senhores MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH foram diretamente beneficiados pela atuação do Sr. HENRIQUE PIZZOLATO, razão pela qual utilizaram a conta da empresa DNA Propaganda, que vinha recebendo os vultuosos valores do Banco do Brasil, para realizar o pagamento da vantagem indevida. (Fls. 52.389/52.390)

(...)

Quanto às alegações de que os réus CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH não se reuniram, diretamente, com o então Diretor de

Marketing HENRIQUE PIZZOLATO, percebeu-se que, na divisão de tarefas estabelecida para a prática criminosa, cabia ao réu MARCOS VALÉRIO estabelecer os contatos, enquanto os acusados CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH permitiram o uso de suas agências como meio para o desvio de recursos públicos destinados ao seu enriquecimento ilícito pessoal e também ao pagamento de pessoas indicadas por DELÚBIO SOARES. (Fls. 52.390/52.391).

Conforme se depreende das transcrições supra, parte-se da premissa de que a DNA Propaganda era “controlada pelo mesmo grupo da SMP&B Comunicação”. Para se chegar à tal conclusão (v. voto do Ministro Relator, à fl. 52.346), cita-se, na nota de rodapé de número 50 (cinquenta), à fl. 52.411, a seguinte parte do depoimento prestado pelo Sr. Walfrido Silvino dos Mares Guia Neto, às fls. 21.272/21.279 dos autos:

(...) diz que a DNA e a SMP&B eram basicamente controladas pelo mesmo grupo, após a morte de Daniel de Freitas, que era sócio-fundador da DNA (...).

Tem-se, de igual forma, que o Ministro Luiz Fux, às fls. 53.217/53.218, transcreve apenas parte do depoimento do Sr. Walfrido Mares Guia, de idêntico conteúdo ao mencionado pelo Ministro Joaquim Barbosa.

Entretanto, analisando-se o inteiro teor do depoimento prestado pela testemunha, percebe-se que o acórdão é **omisso** em relação à outra parte, que muda por completo o sentido do que foi parcialmente transcrito:

(...) diz que a DNA e a SMP&B eram basicamente controladas pelo mesmo grupo, após a morte de Daniel de Freitas, que era sócio-fundador da DNA; para terceiros, porém, a DNA e a SMP&B eram concorrentes; questionado se saberia acerca de eventual comunhão de recursos financeiros entre as empresas ou de outros detalhes acerca desta administração realizada pelo mesmo grupo, respondeu que não sabe detalhes que pudessem contribuir para o descobrimento da verdade; (fl. 21.274 dos autos).

Ou seja: ainda que as empresas possuíssem membros comuns, em seus quadros sociais, eram concorrentes no mercado publicitário. Mais ainda: a testemunha, alheia às agências, finaliza informando desconhecer detalhes sobre a administração das empresas.

Desta forma, devem prevalecer os inúmeros depoimentos prestados, nos autos, seja por profissionais ligados à área, seja por ex-funcionários da empresa, onde foram uníssomos no sentido de que Cristiano Paz era inteiramente alheio à administração da DNA Propaganda.

Destaca-se, neste sentido, o depoimento prestado por Francisco Marcos Castilho Santos, sócio da DNA Propaganda Ltda., nos autos de nº 2007.38.00.020444-6, que tramitam perante a 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, cuja cópia foi acostada quando da apresentação das alegações finais deste recorrente:

(...) que **Cristiano e Ramon não tinham papéis específicos na DNA**; que **Marcos Valério era diretor financeiro da DNA**, indicado pela Graffiti; que **o Diretor Financeiro era o responsável por toda a gestão financeira da empresa**; (doc. acostado quando da apresentação das alegações finais, grifamos).

Cristiano e Ramon eram concorrentes do interrogando, eles na SMP&B e o interrogando na DNA; (doc. acostado, grifamos).

que a DNA e a SMP&B, após o ingresso de Ramon e Cristiano na primeira, via Graffiti, continuaram **concorrentes**, normalmente; que as agências DNA e a SMP&B tinham filosofias, credos e modo de atuação absolutamente diferentes; (doc. acostado, grifamos).

que Cristiano não exercia qualquer trabalho na DNA; (doc. acostado, grifamos).

Na mesma linha, é a manifestação do corréu Marcos Valério Fernandes de Souza que, em suas alegações finais, nestes autos, afirmou à fl. 27, tópico 14, que:

Na DNA Propaganda Ltda. os denunciados Ramon Hollerbach e Cristiano Paz nunca foram sócios ou diretores jamais tendo tido qualquer participação em atos de gestão da empresa. (Grifamos).

Em síntese: há que ser declarada a **omissão** supra indicada, analisando-se o inteiro teor do depoimento da testemunha invocada, com o que se chegará à inafastável conclusão – em compasso aos outros tantos testemunhos - de que é equivocada a premissa de que Cristiano Paz administrava a DNA Propaganda¹⁷.

Não se discute o fato de que o cheque (fl. 732, apenso 87, vol. 3) e o documento em que o repasse foi descrito como “pagamento de fornecedor” (fl. 734, apenso 87, vol. 3) foram assinados pelo réu Cristiano Paz.

Entretanto, este simples fato – decorrente da exigência do contrato social da empresa, aliada à ausência dos gerentes naquele instante – não pode servir – isoladamente – como fundamento para a condenação nas iras do que preceitua o artigo 333 do Código Penal. Tanto é verdade, vale dizer, que o Sr. Francisco Castilho, representante e sócio da DNA Propaganda, que assina o cheque e o documento em conjunto com Cristiano Paz, sequer foi denunciado pelo Ministério Público Federal¹⁸.

Há ainda uma **obscuridade**, na manifestação do eminente Relator, que necessita ser corrigida.

Extraí-se do voto condutor, à fl. 52.346, a informação de que:

Os três acusados **presidiam a DNA Propaganda, através do Conselho de Quotistas**. Com efeito, nos termos do Contrato Social da DNA Propaganda (Cláusula Quinta), o Conselho de Quotistas era composto por CRISTIANO PAZ, Renilda Maria Santiago Fernandes de Souza (que passou procuração para o Sr. MARCOS VALÉRIO) e RAMON HOLLERBACH, os três representando a sócia Graffiti Participações Ltda., que detinha 50% do capital

¹⁷ Destaca-se que os demais depoimentos trazidos à lume pelo Ministro Relator apenas e tão somente atestam a condição de sócio de Cristiano Paz, nos quadros da DNA Propaganda. Neste sentido, são os depoimentos de Ricardo Ribeiro Carvalho, Wanderlei Damasceno de Azevedo e Marcos Antônio Estellita Lins de Salvo, citados pelo relator à fl. 52.411. Gize-se que o depoente Ricardo Ribeiro Carvalho, à fl. 21.485, diz que: “sabe informar que Cristiano e Ramon teriam qualquer envolvimento com a agência DNA, **mas que não sabe dizer qual a natureza deste envolvimento**”. (Grifamos). De igual forma, Marcos Antônio Estellita Lins de Salvo Coimbra, citado pelo relator, precisa à fl. 21.515 que “**a DNA e a SMP&B possuíam uma gestão técnica separada**”. (Grifamos).

¹⁸ Esta é, inclusive, a conclusão do Min. Relator, às fls. 52.345/52.346 de seu voto: “os réus não estão sendo processados por crimes de peculato pelo mero fato de participarem da composição societária da empresa DNA Propaganda. Tanto é assim que outros dois sócios da mesma agência, Sra. Margareth Freitas e Sr. Francisco Castilho, sequer foram acusados da prática de qualquer desvio, a comprovar que não houve mera atribuição de responsabilidade penal objetiva aos dois réus, pela prática criminosa”.

social da DNA; além do Sr. Daniel da Silva Freitas (falecido em 2002), com 40% do capital; e do Sr. Francisco Marcos Castilho Santos, com 10% (fls. 4289).

A Presidência do Conselho de Quotistas cabia, alternadamente, ao Sr. Daniel Freitas, que faleceu antes dos fatos agora em julgamento, e à Graffiti. (Grifos no original).

Mais uma vez, tem-se que se chegou à uma conclusão que não pode ser extraída do documento citado.

O contrato social da DNA Propaganda (v. fl. 4.289, vol. 19) não traz, em momento algum, a afirmação lançada pelo Ministro Relator no sentido de que “os três acusados [leia-se: Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz] presidiam a DNA Propaganda através do Conselho de Quotistas”.

Esta afirmação, com a devida vênia, não encontra o mínimo respaldo na documentação citada pelo Ministro Relator.

Contrariamente, o documento citado diz, expressamente, que

a sociedade será administrada por um Conselho de Quotistas e por uma **Diretoria Executiva**, cujos poderes e composição estão adiante definidos. (Grifou-se).

Adiante, definindo os poderes do Conselho de Quotistas, o contrato social estabelece que:

- 5) Conselho de Quotistas terá como competência:
- a) fixar a orientação dos negócios da sociedade;
 - b) decidir sobre a destinação dos resultados da sociedade, observados os limites estabelecidos no contrato social;
 - c) nomear os Diretores Executivos da sociedade, fixando as respectivas remunerações;

- d) autorizar a prática, pela Diretoria Executiva e/ou os procuradores da sociedade, de atos que importem em aquisição ou alienação de bens do ativo permanente da sociedade;
- e) decidir sobre a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros;
- f) aprovar a contratação e/ou demissão de empregados, e a política salarial da sociedade.

Não restam dúvidas, a partir da simples leitura do dispositivo acima, que a atuação do Conselho de Quotistas da DNA Propaganda Ltda., que se reunia esporadicamente, era extremamente restrita, não exercendo qualquer interferência na atividade gerencial da empresa.

A Diretoria Executiva, por sua vez, possuía competência residual e maior amplitude na administração da empresa. Ou seja, era a Diretoria Executiva que geria de forma ampla, efetiva e habitual as atividades da pessoa jurídica.

Este último órgão, como se depreende do documento citado, era composto por 03 (três) membros, na forma do Contrato Social da DNA Propaganda, cuja competência foi assim definida:

À Diretoria Executiva caberá representar a sociedade em todos os negócios sociais, em juízo ou fora dele, podendo movimentar contas bancárias, admitir e demitir empregados, constituir procuradores, e representar a sociedade perante órgãos públicos federais, estaduais e municipais, inclusive INSS.

A representação da Grafitti Participações Ltda., na DNA Propaganda Ltda., sempre foi exercida por Marcos Valério Fernandes de Souza, como bem demonstra o contrato social da empresa e suas respectivas alterações (v. cláusula 5.7, à fl. 4.290).

Ou seja: a premissa estabelecida pelo Ministro Relator, no sentido de que Cristiano Paz “presidia” a DNA Propaganda, através do Conselho de Quotistas é extremamente inverossímil, dissociada da prova dos autos, de forma que se impõe, através destes embargos, a declaração da **obscuridade**.

Em se demonstrando a improcedência da premissa fixada pelo Ministro Relator – suposta ingerência de Cristiano Paz na administração da DNA Propaganda -, não há nada que vincule a figura do réu aos fatos tidos como criminosos, de forma que se justifica – e se impõe – a reforma do r. acórdão de fls. no que tange ao suposto delito de corrupção ativa em relação ao corréu Henrique Pizzolato.

De igual forma, sanadas a **omissão** e a **obscuridade** acima indicadas, tendo em vista o absoluto distanciamento de Cristiano Paz das questões administrativo-financeiras da DNA Propaganda, não lhe podem ser atribuídos os crimes de peculato¹⁹ narrados nos itens III.2 (alínea ‘b’) e III.3 (alínea ‘c.2’) da denúncia, sob pena de se admitir uma responsabilização penal objetiva, desde muito extirpada do sistema jurídico.

3.4. Da condenação pela prática do delito de lavagem de dinheiro. Item IV da denúncia.

Segundo o Ministro Relator, às fls. 54.551/54.552:

(...) a lavagem de dinheiro foi praticada pelos réus integrantes dos chamados ‘núcleo publicitário’ e ‘núcleo financeiro’, em atuação orquestrada, com unidade de desígnios e divisão de tarefas típica dos membros de um grupo criminoso organizado, mediante

- (1) fraude na contabilidade de pessoas jurídicas ligadas a MARCOS VALÉRIO, especialmente na SMP&B Comunicação Ltda., na DNA Propaganda Ltda. e no próprio Banco Rural S/A;
- (2) simulação de empréstimos bancários, formalmente contraídos, sobretudo, no banco Rural e no banco BMG, bem como utilização de mecanismos fraudulentos para encobrir justamente o caráter simulado desses mútuos fictícios; e, principalmente,

¹⁹ O Ministério Público Federal imputa ao recorrente a prática do delito de peculato, em duas ocasiões assim narradas pelo Ministro Relator em seu voto condutor: 1º) no custo da execução do contrato da agência **DNA Propaganda com o Banco do Brasil**, os senhores HENRIQUE PIZZOLATO, MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH são acusados da prática de crime de peculato, mediante concurso de agentes, pelo desvio de valores correspondentes aos **bônus de volume** pertencentes ao Banco, totalizando apropriação de R\$ 2.923.686,15 (III.2); 2º) o outro desvio narrado na inicial envolveu quatro repasses **de verbas milionárias do Banco do Brasil junto ao Fundo Visanet**, comandados pelo Sr. HENRIQUE PIZZOLATO em benefício da agência controlada pelos acusados MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH, antecipadamente à realização de qualquer serviço e sem previsão contratual, destinados à conta bancária de livre movimentação dos sócios. O crime envolveu o montante de R\$ 73.851.536,18. (Fls. 52.324/52.325).

- (3) repasses de vultuosos valores através do banco Rural, com dissimulação da natureza, origem, localização, disposição e movimentação de tais valores, bem como ocultação, especialmente do Banco Central e do Coaf, dos verdadeiros (e conhecidos) proprietários e beneficiários dessas quantias, que sabidamente eram provenientes, direta ou indiretamente, de crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de praticados por organização criminosa, conforme esmiuçado nos itens III, V e VI.

Especificamente em relação ao recorrente, assim sustenta o Ministro Relator às fls. 54.588/54.589:

Não obstante todos os elementos de convicção aqui destacados, **RAMON HOLLERBACH e CRISTIANO PAZ** sustentam que teriam sido incluídos no polo passivo da ação penal somente por serem sócios da SMP&B Comunicação Ltda.. Segundo suas defesas, eles não teriam praticado qualquer conduta ilícita, tampouco agido dolosamente.

Tal argumento, à evidência, não tem como prosperar.

Na verdade, dentro da divisão de tarefas levada a efeito pela quadrilha narrada na denúncia, tanto RAMON HOLLERBACH, quanto CRISTIANO PAZ agiram em diferentes etapas do crime de lavagem de dinheiro.

Conforme demonstrado ao longo desse item relativo à lavagem de dinheiro, **RAMON HOLLERBACH e CRISTIANO PAZ**, sempre com o objetivo de ocultar ou dissimular a natureza, a origem, a localização, a disposição, a movimentação ou a propriedade de valores ilícitos, **atuaram**, por exemplo, **nas fraudes à contabilidade da SMP&B Comunicação Ltda., bem como na simulação de empréstimos junto ao banco Rural, além de terem administrado a SMP&B Comunicação Ltda. junto a MARCOS VALÉRIO**. Com efeito, RAMON HOLLERBACH e CRISTIANO PAZ.

- (1) assinaram documentos contábeis da SMP&B Comunicação Ltda., cuja contabilidade foi qualificada pelos peritos como fraudulenta (laudo nº 2076/2006-INC – fls. 46-73 do apenso 142);
- (2) foram fiadores dos contratos de empréstimo nº 0345/009/03 (no valor de R\$ 19.000.000,00 e com data de 16.5.2003), que teria sido realizado

pela SMP&B Comunicação Ltda. junto ao Banco Rural, bem como do mútuo nº 552/009/03 (no valor de R\$ 10.000.000,00, de 12.9.2003), que teria sido contraído pela Graffiti Participações Ltda. na mesma instituição financeira (Banco Rural);

- (3) conforme revelado por MARCOS VALÉRIO em juízo, “discutiram os empréstimos com Delúbio, na sede da SMP&B, nesta capital”, sendo que, “na SMP&B havia uma divisão de tarefas apenas no plano formal”, já que, “de fato, a empresa [era] administrada, em conjunto, pelo INTERROGANDO, RAMON E CRISTIANO”, ou seja, “a empresa era ‘tocada a três mãos’”.

Note-se que, além dos atos meramente formais (assinaturas em contratos²⁰ e cheques, por exemplo), vincula-se Cristiano Paz à administração da SMP&B e aos atos supostamente praticados por Marcos Valério, em razão da simples manifestação prestada por este último, quando de seu interrogatório (fl. 16.357), no sentido de que a empresa “era tocada a três mãos”.

Esta declaração de Marcos Valério, no entanto, diverge frontalmente das dezenas de declarações prestadas por testemunhas, nos autos, que foram **omitidas** pelo Ministro Relator em seu voto. Estes testemunhos, que sequer foram sopesados pelo voto condutor, comprovam, com firmeza, o distanciamento de Cristiano Paz das questões administrativas da empresa.²¹

²⁰ Ressalte-se que o embargante nunca alegou desconhecer os empréstimos realizados, tampouco que os valores eram destinados ao Partido dos Trabalhadores. Era alheio, contudo, às eventuais procedência e finalidade ilícitas dos mútuos, uma vez que as operações não apresentavam, sob o ponto de vista formal, qualquer irregularidade (v. laudo pericial nº 1869/2009).

²¹ (...) diz que, em resumo, **cuidava da área de criação e planejamento criativo** (...) (Interrogatório do réu, fl. 16.471, grifamos); (...) que normalmente **quem tem perfil de criação não cuida da administração, nem da parte financeira** (...) que conhece Cristiano de Mello Paz como **homem de criação** (...) (José Eduardo Cavalcanti de Mendonça – Duda Mendonça, corrêu, fls. 15.255/15.260, grifamos); (...) que Cristiano **cuidava apenas da área de criação da SMP&B** (...) (Geiza Dias dos Santos, corrêu, fl. 16.281, grifamos); (...) que Cristiano é **notadamente um homem de criação da área de publicidade** (...) (Álvaro Teixeira da Costa, testemunha arrolada pela defesa do acusado, fl. 21.470, grifamos); (...) o Cristiano era o Presidente, trabalhava mais **na área ligada à criação** (...) **normalmente o presidente das agências é a pessoa ligada à criação**, então ele é aquela pessoa, vou falar, Nizan Guanaes, o W/Brasil, o Washington Olivetto, ele é a pessoa ligada a essa área de criação (...) **O presidente da agência, normalmente, é, vou chamar aqui, a grife da agência** (...) Ele era diretor de arte, depois diretor de criação e depois **ele assumiu a sociedade da agência, mas a ligação dele sempre foi com a criação** (...) (Eliane Alves Lopes, testemunha arrolada pela acusação e pela defesa do acusado, fls. 20.054/20.083, grifamos); (...) que Cristiano Paz estava diretamente **ligado à área de criação** da agência de publicidade (...) (Patrícia da Silveira Mourão Scarabelli, testemunha arrolada pela defesa de Ramon Hollerbach Cardoso, fl. 21.444, grifamos); (...) que Cristiano Paz **sempre mexeu na área de criação** (...) (Adriana Fantini Boato, testemunha arrolada pelas defesas do acusado e de Simone Reis Lobo de Vasconcelos, fl. 21.228, grifamos); (...) que Cristiano Paz era o **homem de criação da SMP&B**, diz que o homem de criação de qualquer agência publicitária é o pulmão da empresa (...) (Euler Marques Andrade Filho, testemunha arrolada pelas defesas do acusado e de Ramon Hollerbach Cardoso, fl. 21.422, grifamos); (...) que Cristiano Paz era o **responsável pela área de criação da SMP&B** (...) (Hélio Marques de Faria, testemunha arrolada pelas

De outro lado, isolado, tem-se apenas e tão somente o depoimento prestado pelo corréu Marcos Valério (“chamada do corréu”), que deve ser recebido com ressalvas, na linha do que preceitua a melhor doutrina:²²

No que toca à acusação feita pelo confitente a um co-réu padece de vícios essenciais, sendo poucas vezes verdadeira. Substancialmente, informa ENRICO ALTAVILLA que “os grandes tratadistas clássicos da prova não deram valor” à acusação do cúmplice.

Grande parte das vezes, o que motiva a chamada do co-réu é a esperança de alcançar do Poder Judiciário um julgamento mais brando, porque ele seria visto “com bons olhos”, uma vez que teria exposto sua culpa (o que é considerado como um início de sua expiação) e contribuído para a elucidação dos fatos²³.

Os autores, referindo-se aos ensinamentos do grande penalista Claus Roxin, continuam:

Tendo vista todos os malefícios acarretados por tais elementos de prova, o eminente professor alemão CLAUS ROXIN, endossando a opinião de outro mestre alemão que possui obra específica sobre o tema (PRITTWITZ, Der Mitbeschuldigte im Strafprozess, 1984) conclui que deve ser totalmente

defesas do acusado e de Ramon Hollerbach Cardoso, fl. 21.428, grifamos); (...) respondeu que, pelo que sabe, Cristiano **cuidava da parte de criação** (...) (Ricardo Ribeiro Carvalho, testemunha arrolada pela defesa do acusado, fl. 21.484, grifamos); (...) que Cristiano era **diretor de criação**; diz que Cristiano era um dos donos da SMP&B e **sempre atuava na área de criação** (...) (José Batista Ribeiro, testemunha arrolada pela defesa do acusado, fl. 21.507, grifamos); (...) que mesmo sendo presidente da SMP&B ele [Cristiano] **sempre se envolvia com a criação**, pois essa era a sua origem (...) (Carlos Rubens dos Santos Doné, testemunha arrolada pela defesa do acusado, fl. 21.667, grifamos); (...) que Cristiano na época da SMP&B **cuidava da parte de criação da agência** (...) (Mário Pinto Neves Filho, testemunha arrolada pela defesa do acusado, fl. 21.548, grifamos); (...) que Cristiano Paz era o **homem de criação** da SMP&B (...) (Eliane Felício Silva Raymundo, testemunha arrolada pela defesa do acusado, fl. 21.544, grifamos); (...) que ele [Cristiano] é conhecido como **publicitário da área de criação e não da área de administração** (...) (Cláudio Costa Bianchini, testemunha arrolada pela defesa do acusado, fl. 39.477, grifamos).

²² No mesmo sentido, outros ilustres doutrinadores citados pelos autores: ALTAVILLA: “Outro motivo psicológico é a esperança de, com a delação, conquistar as boas graças do juiz. Esperança que não é totalmente infundada, porque não é raro o caso do delator ser recompensado com uma indulgência que seu crime não merecia”; MÁRIO PAGANO: “a chamada de co-réu é mais vezes falsa do que verdadeira”; MALATESTA: “descrédito do testemunho do acusado sobre o fato alheio”; MITTERMAYER: “Pode uma condenação ser baseada no testemunho de dois cúmplices? No direito comum alemão a questão deve ser negativamente resolvida”; PRITTWITZ: “Não podem ser valoradas as declarações de um co-imputado contra outro, pois assim aquele estaria sendo tratado como testemunha”; MASSIBO NOBILI: “A chamada de co-réu deve ser suprimida do elenco de provas, para ficar relegada ao âmbito da simples denúncia”, dentre outros.

²³ FRAGOSO, Christiano; FRAGOSO, José Carlos. **Apontamentos sobre a confissão e chamada do co-réu**. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/ptbr/arq_pdf/artigos/arquivo66.pdf>. Acesso em: 23 de abril de 2013.

vedada, pelo ordenamento jurídico, a valoração judicial das chamadas do co-réu²⁴.

O jurista italiano VINCENZO MANZINI também traz interessantes considerações sobre o tema. Vejamos:

Não se trata só de uma fonte de prova particularmente suspeita, senão de um ato que, provindo do imputado, não se pode, nem para certos aspectos, fingir que provenha de uma testemunha.

(...)

O conteúdo do interrogatório não é testemunho nem com respeito ao próprio interrogado, e não pode vir a sê-lo tampouco com respeito aos demais²⁵.

A doutrina brasileira não é estranha ao assunto, conforme se infere dos ensinamentos de Helio Tornaghi:

No sistema das provas legais, o “chamamento do co-réu”, o dito do interrogado contra os partícipes [ou coautores] do crime, valia menos que depoimento de estranho; enquanto que duas testemunhas faziam prova plena, eram necessários três réus para inculpar outro réu²⁶.

Também Heleno Fragoso:

No direito brasileiro, a questão deve ser posta em termos de prova suficiente, e o chamamento de co-réu é, desenganadamente, prova insuficiente para a condenação.²⁷

Destaca-se, aliás, excerto do voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski à fl. 56.557:

²⁴ FRAGOSO, Christiano; FRAGOSO, José Carlos, op. cit.

²⁵ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Vol. III, p. 275-276.

²⁶ TORNAGHI, Helio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Konfino editora, 1967, p. 826.

²⁷ FRAGOSO, Heleno. **Jurisprudência Criminal**. 4ªed. Rio de Janeiro: editora Forense, 1982, p. 505.

(...) que é da jurisprudência desta Suprema Corte que o depoimento do corréu não pode ter o mesmo peso daquele que provenha de uma testemunha (*v.g.* HC 81.172/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Isso porque, como é sabido, o acusado não depõe sob juramento, podendo até mentir em sua defesa, sem que nada possa lhe ser imputado, porquanto exerce um direito garantido constitucionalmente.

Destaca-se, por absolutamente pertinente, que **o próprio Ministro Joaquim Barbosa descredenciou as declarações de Marcos Valério**, à fl. 54.562 dos autos, afirmando, expressamente, que “MARCOS VALÉRIO, portanto, mentiu em seu interrogatório” e, ainda, que é “interessante observar que MARCOS VALÉRIO muda de versão conforme as circunstâncias”²⁸.

Assim, uma vez que as declarações prestadas por Marcos Valério acerca da administração da SMP&B Comunicação Ltda. não encontram amparo nas demais provas coligidas aos autos, devem as mesmas ser recebidas com restrições, não podendo, por óbvio, servir de único elemento de amparo da tese acusatória.

Vale dizer, outrossim, que há evidente **contradição** no r. acórdão de fls., na medida em que o corréu Anderson Aduato foi absolvido da imputação de corrupção ativa, ao fundamento de que apenas pesavam contra si declarações de um corréu²⁹:

Os depoimentos do corréu ROMEU QUEIROZ acham-se isolados nos autos e não encontram eco nos demais elementos probatórios. Possuem, ademais, um valor relativo, eis que proveniente de corréu, inábeis, por si sós, para arrimar uma condenação.³⁰

De outro lado, no tocante à DNA Propaganda, a questão é ainda mais clara, tal como exposto no item 3.3, *supra*.

²⁸ De igual forma, as declarações de Marco Aurélio Prata (fl. 3.597), no sentido de que Cristiano Paz participava das decisões administrativas da SMP&B devem ser desconsideradas, na medida em que também figura como corréu em outras ações penais (p. ex. processo nº 0020148-69.2007.4.01.3800, que tramita perante a 9ª Vara Federal Criminal de Belo Horizonte).

²⁹ “As declarações de ROMEU QUEIROZ, todavia, são a única prova que a acusação indica para sustentar que o réu ANDERSON ADAUTO teria praticado o crime de corrupção ativa, pelo suposto fato de haver intermediado o repasse de vantagens indevidas de DELÚBIO SOARES para ROBERTO JEFFERSON e outros” (fl. 56.385).

³⁰ Fl. 56.389.

Sanadas a **omissão** e a **contradição**, o que se requer, chegar-se-á à conclusão de que Cristiano Paz não cometeu nenhum ato passível de subsunção ao tipo penal de lavagem de dinheiro, o que importará na concessão de efeitos infringentes aos presentes embargos, com a consequente reforma da decisão.

Neste sentido, inclusive, destaca-se que, ao discorrer sobre o procedimento de repasse dos valores, o Ministro Relator, transcrevendo trechos das alegações finais do Ministério Público, esmiúça os passos das transferências, sem fazer qualquer menção ao nome do recorrente:

Fl. 54600: Como bem observado pelo Ministério Público Federal em suas alegações finais,

[u]ma vez recebida a orientação de Delúbio Soares, Marcos Valério acionava sua equipe de apoio, composta por Simone Vasconcelos e Geiza Dias, objetivando a pronta execução da diretriz.

499. Imediatamente o beneficiário indicado por Delúbio Soares era procurado para viabilizar o recebimento do valor combinado.

500. Com o objetivo de não deixar qualquer rastro da sua participação, os beneficiários indicavam um terceiro para o recebimento dos valores em espécie' (Fl. 54.600).

No mesmo sentido, Simone Reis Lobo, corré no presente processo, assim detalha o procedimento de repasse dos recursos:

(...) que apenas recebia ordens de Marcos Valério (fl. 16.462, vol. 76) (...) esclarece, ainda, que a entrega de numerário, em espécie, correspondia à 10% de suas atividades na SMP&B, na época dos fatos; diz que para tais atividades apenas recebia ordens do sócio Marcos Valério; diz, assim, que para os 90% de suas atividades do dia-a-dia recebia ordens dos outros sócios, Cristiano Paz e Ramon Cardoso (fl. 16.463, vol. 76).

Vale frisar, conforme será melhor explicitado no item abaixo, que não há que se falar na aplicação da teoria do domínio do fato à situação do recorrente, na medida em

que, além da prática dos atos materiais (assinatura de contratos e cheques), o acórdão não se desincumbiu do ônus de comprovar que Cristiano Paz tivesse vontade de realização do tipo penal em análise.

3.5. Da condenação pela prática do delito de corrupção ativa. Base aliada. Item VI da denúncia.

Neste tópico, afirma o Ministro Relator, às fls. 55.091/55.092, que:

Os recursos utilizados na prática desses crimes, como se viu nos capítulos anteriores, seguiram o seguinte caminho:

1º) desvio de recursos da Câmara dos Deputados e do Banco do Brasil, por meio de contratos de publicidade com as agências dos réus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH;

2º) ocultação e dissimulação da origem criminosa por meio de empréstimos bancários fictícios, contraídos pelos mesmos réus, nunca pagos ou amplamente perdoados, seja no principal, seja nos juros e encargos que deveriam incidir caso tivessem sido observadas as regras do sistema financeiro nacional, especialmente as relativas às renovações de empréstimos e à reclassificação do risco; e

3º) finalmente, depois de terem sua origem criminosa dissimulada com os empréstimos fraudulentos, os recursos foram sacados em espécie, a partir de cheques assinados pelos acusados MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH, nominais às suas agências de publicidade mas distribuídos, ao longo de dois anos, em uma das últimas etapas do processo de lavagem de dinheiro, e a parlamentares indicados por réus ligados ao Partido dos Trabalhadores.

Nesta última etapa, a denúncia afirma que os pagamentos a parlamentares teriam influenciado o apoio destes ao Governo na Câmara dos Deputados, caracterizando, assim, os crimes de corrupção ativa e passiva.

Afirma-se que o dinheiro, entregue aos beneficiários, foi sacado da conta corrente “das agências controladas por Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach”.

No que tange à operação em si, afirma-se a todo momento que:

Os réus MARCOS VALÉRIO e DELÚBIO SOARES seriam os executores diretos das ordens do acusado JOSÉ DIRCEU (fls. 5635/5638 e fls. 5706/5733 vol. 27), responsabilizando-se pelos contatos com os parlamentares e pela operacionalização dos pagamentos. (Fl. 56.228).

A “contribuição” de Cristiano Paz foi, em seguida, assim detalhada:

Para isso, MARCOS VALÉRIO contou com o auxílio direto de CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH, que também aceitaram assinar os empréstimos e auxiliar o intento criminoso exposto por DELÚBIO SOARES em reuniões com esses acusados. A participação desses réus também se deu mediante a assinatura dos cheques destinados aos pagamentos dos parlamentares e da disponibilização da estrutura empresarial da SMP&B em proveito do esquema, inclusive com entrega de numerário no interior da própria agência, em alguns casos. (Fl. 56.317).

Ou seja: a participação de Cristiano Paz cingiu-se à concordância com a tomada dos empréstimos bancários e à assinatura de alguns cheques. Nada além disso.

No intuito de vincular o recorrente à suposta prática criminosa, o Ministro Relator traz, às fls. 56.317/56.319, noções doutrinárias a respeito da chamada “teoria do domínio do fato”, concluindo, com base em respeitável doutrina, que autor, para esta teoria, é quem “tem o poder de decisão sobre a realização do fato. E não só o que executa a ação típica”.

Entretanto, no desenvolvimento do pensamento, ao discorrer sobre a “repartição de atividades (funções) entre os sujeitos”, o eminente Ministro Relator foi **omisso** em relação a um dos pontos cruciais da teoria: “a conformação do fato segundo a vontade

de realização que dirige de forma planificada é o que transforma o autor em senhor do fato.”³¹

Ou seja: não basta uma importância simplesmente material da parte que cada um dos autores assume no fato, impondo-se a comprovação de que havia também vontade e consciência de realização do fato típico, elementos básicos e essenciais à subsunção aos crimes dolosos.

Em síntese: eventual importância “material” em relação aos fatos tidos como delituosos (assinaturas em contratos e cheques, por exemplo), não são suficientes. Além disso, é claro, há que se demonstrar a vontade de praticar o tipo que, aliada à consciência, integram o conceito do dolo. Neste ponto, entretanto, é **omisso** o julgado questionado.

Ainda que exista nos autos a comprovação de que o recorrente tinha conhecimento de que os recursos angariados com os empréstimos bancários eram destinados ao Partido dos Trabalhadores (e que com isso tenha consentido), inexistente a comprovação de que tinha o conhecimento ou a vontade de que os valores fossem transferidos com eventual cunho criminoso.

Destaca-se, por imprescindível, que o voto condutor é **omisso** em relação ao recorrente, **cujo nome sequer é citado**, quando da descrição dos supostos atos de corrupção passiva, narrados nos itens VI.1 (Partido Progressista, às fls. 55.114/55.130); VI.2 (Partido Liberal, às fls. 55.182/55.209); VI.4 (Partido do Movimento Democrático Brasileiro às fls. 55.273/55.282).

Por outro lado, quando são analisados os supostos crimes de corrupção ativa, referentes a estes três partidos políticos, fixa-se a premissa de que pelo simples fato de ter consentido com os empréstimos bancários e assinado alguns cheques, teria “o domínio do fato”, de forma que também seria considerado autor.

³¹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. Juan Brestos Pamírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1970, p. 145.

Em relação ao PTB, única entidade partidária em que o nome do recorrente é apontado de forma direta, as provas dos autos foram claras no sentido de se demonstrar que se tratou de um fato inteiramente isolado da engrenagem de transferência de recursos. Ao contrário dos outros repasses, cujas demandas eram provenientes do Partido dos Trabalhadores, no caso da transferência do montante de R\$ 102.812,76, tal fato se deu a pedido da Usiminas, cliente preferencial da SMP&B que tinha a intenção de colaborar com a campanha eleitoral do Partido Trabalhista Brasileiro. Tanto é verdade que, de forma diferente do que aconteceu nos outros repasses, descontou-se do montante solicitado (R\$ 150.000,00), o valor referente aos impostos e taxas bancárias (R\$ 47.187,24).³²

Além disso, outro ponto merece relevo.

Conforme destacado pelo Ministro Relator, à fl. 55.289, várias defesas alegaram “que os parlamentares receberam dinheiro, mas os pagamentos não estariam relacionados ao exercício da função parlamentar”. O pagamento, segundo se afirmou “seria mera ajuda para o pagamento de despesas partidárias ou dívidas de campanha, sem qualquer outro interesse”.

Ao rebater esta tese defensiva, o Ministro Joaquim Barbosa afirma, em seguida, às fls. 55.289/55.290, que “a alegada destinação que os parlamentares teriam dado aos recursos não abala a acusação de prática de crimes de corrupção passiva, por dois principais motivos”:

- 1) O uso dado à vantagem recebida não é elementar do crime. Inscreve-se, ao contrário, na esfera de deliberação particular do beneficiário. (...)
- 2) A finalidade para a qual o dinheiro foi utilizado (para que) não contribui para a descoberta do motivo da solicitação e do pagamento pelos corruptores (por que).

(...)

³² V. depoimento do corréu Romeu Queiroz, citado pelo Ministro Relator à fl. 55.252 dos autos. No mesmo sentido, destacou o Ministro Luiz Fux, à fl. 55.722.

Por isso, ainda que os pagamentos tenham constituído colaboração com o caixa-dois de campanhas de outros partidos, também está configurado o crime de corrupção passiva.

Desta análise, referente à subsunção típica ao delito de corrupção passiva, extrai-se uma **contradição** no tocante à condenação pelos supostos crimes de corrupção ativa. Vejamos.

Em sua conclusão, supra transcrita, o eminente Ministro Relator sustenta que “ainda que os pagamentos tenham constituído colaboração com o caixa-dois de campanhas de outros partidos, também está configurado o crime de corrupção passiva”.

Conclui-se, portanto, que o próprio relator possui **dúvida** a respeito da razão de ser daqueles pagamentos, vale dizer, se para a prática de atos de ofício ou para colaboração com o caixa-dois de campanhas eleitorais.

Esta **dúvida**, entretanto, não pode existir quando da subsunção ao tipo penal de corrupção ativa que exige, expressamente, que o valor prometido ou entregue assim o seja com o intuito claro de que se pratique algum ato de ofício.

Se assim não for, por óbvio, não há que se falar em corrupção ativa.

Vale dizer, por oportuno, que a doutrina é clara ao precisar que os delitos de corrupção ativa e corrupção passiva não são necessariamente bilaterais, de forma que um pode estar configurado sem a necessidade de que o outro esteja.

Assim, se houve **dúvida** em relação à destinação dos recursos – quando se condenou pela prática do delito de corrupção passiva –, esta **dúvida** deve ser resolvida a favor dos réus acusados da prática do crime de corrupção ativa, cujo tipo penal exige um especial fim de agir, sobretudo se em relação a estes são apontadas apenas contribuições ditas “materiais”, sem a descrição pormenorizada do elemento subjetivo do tipo.

Assim, requer-se, também neste tópico, sejam sanadas as **omissões**, a **contradição** e a **dúvida**, conferindo-se efeitos infringentes, com a consequente absolvição do recorrente.

3.6. Da condenação pela prática do delito de quadrilha. Item II (alínea ‘a’) da denúncia.

Nas palavras do Ministro Relator, o

(...) material probatório, sobretudo quando apreciado de forma contextualizada, demonstra a existência de uma associação estável e organizada, formada pelos 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).

Em seguida, à fl. 57.420 dos autos, afirma que “Marcos Valério era o líder do chamado ‘núcleo operacional ou publicitário’” e que “a aproximação de Marcos Valério dos integrantes do chamado ‘núcleo político’ deu-se no final de 2002 e começo de 2003, quando foi apresentado a José Dirceu, José Genuíno, Delúbio Soares e Sílvio Pereira”.

Afirma, o Ministro Relator, logo adiante, que

em companhia de Ramon Hollerbach e Cristiano Paz, Marcos Valério participava, direta ou indiretamente, de uma complexa rede de sociedades, misturando atividades publicitárias lícitas com atividades ilícitas. (Fls. 57.424/57.425).

Ao final do seu raciocínio, à fl. 57.425, mais uma vez Sua Excelência se apega aos depoimentos prestados pelos corréus Marcos Valério, no sentido de que “a empresa [era] administrada em conjunto, pelo interrogando, Ramon e Cristiano” e Marco Aurélio Prata³³, no sentido de que “Cristiano, Ramon e Marcos Valério participavam das decisões

³³ Conforme acima exposto, Marco Aurélio Prata figura como corréu em outras ações penais (p. ex. processo n° 0020148-69.2007.4.01.3800, que tramita perante a 9ª Vara Federal Criminal de Belo Horizonte).

administrativas da SMP&B” e conclui afirmando que Cristiano Paz “assinou documentos contábeis”.

Conforme exposto nos tópicos anteriores, sanadas as **omissões, obscuridades, contradições** e **dúvidas** existentes no acórdão de fls. e, ainda, reduzindo-se a importância dada aos depoimentos prestados por corréus³⁴, na linha do que leciona abalizada doutrina e também a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal³⁵, restarão apenas e tão somente atos de cunho burocrático, decorrentes da mera condição societária de Cristiano Paz.

O crime de quadrilha ou bando, previsto pelo artigo 288 do Código Penal, consiste em uma associação estável e autônoma, voltada à prática indeterminada de delitos. Desta simples conceituação, extraem-se elementos imprescindíveis para a configuração do delito: (i) a perenidade da associação; (ii) a consecução de um fim comum, consubstanciado na prática de incontáveis crimes e, ainda, (iii) a efetiva intenção de colocar em risco a incolumidade pública ou a paz social.

Não há nos autos, frise-se com veemência, qualquer demonstração no sentido de que o recorrente possuía consciência ou vontade de participar de qualquer delito e, muito menos, que o mesmo se associou ou teve a intenção de se associar, de forma perene, com outras pessoas, para o fim de praticar uma série indeterminada³⁶ de crimes, tal como exige o tipo penal do artigo 288 do Código Penal.

De outro lado, o acórdão é absolutamente **omisso** no que tange à obrigação de se demonstrar que Cristiano Paz tenha tido, em algum momento, “o escopo de colocar em risco a incolumidade pública ou a paz social”.³⁷

³⁴ Reitera-se o fato de que o acórdão foi **omisso** em relação a dezenas e dezenas de depoimentos que comprovaram a ausência de interferência de Cristiano Paz nas questões administrativas e financeiras das empresas, salvo nas situações em que lhe era exigido, por força do contrato social, a assinatura em contratos e cheques.

³⁵ HC 84.517/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: (...) “**A chamada de corréu, ainda que formalizada em juízo, é inadmissível para lastrear a condenação** (Precedentes: HC 74.368, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.11.97; HC 81.172, 1ª Turma, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 07.03.03)”. Grifamos.

³⁶ Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, à fl. 57.471 dos autos: “É preciso que haja uma conjunção permanente com um acordo subjetivo de vontades para a praticar uma série indeterminada de crimes”.

³⁷ V. voto do Ministro Ricardo Lewandowski à fl. 57.472.

Assim, parece claro que sanadas as **omissões, dúvidas, obscuridades** e **contradições** indicadas nos itens anteriores, esvaziar-se-á o tipo penal associativo, na medida em que, ao menos em relação ao recorrente, não restará nenhuma comprovação de que o mesmo tenha tido, em algum momento, a intenção de se reunir para praticar qualquer crime.

Destaca-se, por pertinente, que a condenação pela prática do crime de quadrilha se deu em votação extremamente apertada (6 votos a 4), de forma que ensejará reabertura da discussão da matéria, quando manejados os embargos infringentes.

4. Dosimetrias das penas³⁸.

A dosimetria adotada pelo Min. Relator, em relação ao recorrente, encontra-se às fls. 57.989/58.011 dos autos e prevaleceu em relação a outros votos vencidos.

Alternativamente, caso não se entenda pela concessão de efeitos infringentes aos presentes embargos de declaração, com a consequente absolvição do recorrente no tocante aos delitos supra indicados, verificam-se **obscuridades** na aplicação da pena, que devem ser aclaradas.

Esclareça-se, por oportuno, que foram analisadas positivamente ou, ainda, de maneira neutra ou inaplicável, as seguintes circunstâncias: (a) antecedentes; (b) conduta social; (c) personalidade; (d) comportamento da vítima.³⁹

4.1. Da análise das circunstâncias judiciais no tocante ao crime de corrupção ativa. Deputado João Paulo Cunha. Item III.1 (alínea ‘b.1’) da denúncia. Fls. 57.990/57.993.

³⁸ Nas palavras de Luiz Luisi, “na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma ‘discrecionariedade juridicamente vinculada’ in **Os princípios constitucionais penais**, 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 54.

³⁹ No caso do delito de lavagem de capitais, as “**consequências do ilícito**” também foram analisadas de maneira neutra, sob a afirmação, à fl. 58.002, de que “são próprias da espécie delitiva sob enfoque”.

Neste ponto, verifica-se que existem questões a serem aclaradas, sobretudo no tocante à análise da (a) culpabilidade e das (b) circunstâncias do crime.

Destacou o Ministro Relator:

A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se bastante elevada, uma vez que CRISTIANO PAZ dirigiu sua prática delitiva à corrupção do Presidente da Câmara dos Deputados, uma das mais elevadas autoridades da República. (Fls. 57.991/57.992).

(...)

As circunstâncias do crime de corrupção ativa são desfavoráveis, tendo em vista que CRISTIANO esteve em reuniões com JOÃO PAULO CUNHA no contexto da prática criminosa, como mencionado em meu voto, e providenciou para que sua agência fosse contratada pela Câmara dos Deputados, em violação às normas de concorrências públicas, mediante encontros privados do interesse pessoal e partidário do réu JOÃO PAULO CUNHA. Para esse fim, manteve encontro com o acusado também em um hotel em São Paulo e mantinha-se em contato com o assessor de JOÃO PAULO CUNHA, Sr. Luís Costa Pinto. Com tudo isso, o acusado CRISTIANO logrou obter a contratação ilícita de sua empresa pela Câmara dos Deputados, em contrato que resultou no desvio de mais de R\$ 1.077.000,00. (Fl. 57.992).

Sobre as circunstâncias do crime, verifica-se que o eminente Ministro Relator parte de uma premissa no mínimo **duvidosa**, para não dizer absolutamente falsa, no sentido de que Cristiano Paz se reuniu com o corréu João Paulo Cunha “em um hotel em São Paulo”.

Como demonstrado no item 3.1, supra, quando do dito café da manhã, ocorrido em São Paulo, o Deputado João Paulo Cunha já conhecia Cristiano Paz, em virtude da campanha publicitária para a Presidência da Câmara dos Deputados. Assim, a informação prestada por João Paulo Cunha, no sentido de que Marcos Valério estava acompanhado de uma terceira pessoa desconhecida, deve levar, indubitavelmente, à conclusão de que Cristiano Paz não se fez presente no dito encontro.

Neste sentido, é absolutamente **obscura** e equivocada a valoração negativa das circunstâncias do crime, neste tópico.

Por fim, no tocante à culpabilidade, a doutrina pátria sustenta que

é o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso.⁴⁰

Assim sendo, considerando que as circunstâncias judiciais são, em sua maioria⁴¹, positivas, neutras ou inaplicáveis em relação ao recorrente (antecedentes; conduta social; personalidade; circunstâncias do crime e comportamento da vítima), não há como se valorar negativamente a circunstância da culpabilidade.

4.2. Da análise das circunstâncias judiciais no tocante ao crime de peculato. Contrato firmado entre a SMP&B e a Câmara dos Deputados. Item III.1 (alínea ‘b.2’) da denúncia. Fls. 57.993/57.995.

Nota-se, neste item, a existências de questões que necessitam ser aclaradas, sobretudo no tocante à análise da (a) culpabilidade, das (b) circunstâncias do crime e dos (c) motivos.

Assim preceituou o Ministro Relator:

A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se bastante elevada, uma vez que CRISTIANO PAZ, conforme demonstrado de forma pormenorizada, atuou intensamente na execução dos crimes, mantendo-se em constante contato com o corréu JOÃO PAULO CUNHA para viabilizar a prática delituosa. O réu CRISTIANO PAZ auxiliou substancialmente o acusado MARCOS VALÉRIO, através da SMP&B

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 332.

⁴¹ Destaca-se que o Ministro Cezar Peluso, em seu último voto, fixou a **pena no mínimo legal**, diante das circunstâncias judiciais favoráveis, tal como se depreende à fl. 53.898.

Comunicação Ltda., pessoa jurídica que emitiu o cheque destinado ao pagamento da vantagem indevida ao Sr. JOÃO PAULO CUNHA e que, depois, foi utilizada para o desvio de recursos públicos em proveito próprio e de terceiros. (Fl. 57.993)

(...)

Os motivos do crime de peculato também conduzem a um juízo negativo mais gravoso, pois o réu CRISTIANO PAZ pretendeu não apenas enriquecer ilícitamente, que é elementar do tipo penal, mas, também, obter sua remuneração pela prática concomitante de crimes em proveito do Partido dos Trabalhadores.

As circunstâncias do crime são desfavoráveis, pois o acusado se valeu do acesso que lhe foi proporcionado às engrenagens do Estado, no mais alto escalão da República, envolvendo a Câmara dos Deputados, e lançou mão dessa proximidade com o Poder Estatal para simular a prestação de serviços, praticar o ilícito e proteger-se para não ser descoberto, fatos que tornam as condutas ainda mais lesivas ao bem jurídico protegido. Com efeito, como explica Juarez Cirino dos Santos, “as circunstâncias referidas como circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são circunstâncias diversas das genéricas circunstâncias agravantes ou circunstâncias atenuantes (arts. 61 e 65, CP), como, por exemplo, o lugar do fato, o modo de execução, as relações do autor com a vítima etc., que podem influir na formação da pena-base”. (Fls. 57.994/57.995).

Nota-se que, ao analisar os motivos do crime, o Ministro Relator fez menção às intenções de enriquecimento e de auferir remuneração que, evidentemente, são elementares do tipo penal de peculato (apropriação de valores) e, assim, não podem ser valoradas negativamente sob pena de incorrer em **bis in idem**.

Em relação à análise das circunstâncias do crime, tem-se que “o acesso às engrenagens do Estado” é uma característica também inerente ao tipo penal, posto que se exige a presença de um funcionário público. Além disso, a “proteção para não ser descoberto” não pode ser valorada negativamente, posto que própria de eventuais práticas delituosas.

Por fim, valendo-se do entendimento doutrinário, exposto no item 4.1 supra, no sentido de que a culpabilidade é o conjunto de todas as circunstâncias judiciais e, assim, considerando que estas são predominantemente⁴² positivas, neutras ou inaplicáveis em relação ao recorrente, não há como valorá-la negativamente.

4.3. Da análise das circunstâncias judiciais no tocante ao crime de corrupção ativa. Henrique Pizzolato. Item III.3 (alínea ‘c.1’) da denúncia. Fls. 57.995/57.998.

Há, neste tópico, gritante **obscuridade** que necessita ser aclarada.

Extraí-se à fl. 57.997 dos autos que, ao analisar a circunstância judicial das circunstâncias do crime, o Ministro Relator precisou que: “as circunstâncias do crime de corrupção ativa são desfavoráveis, pois o réu se utilizou da estrutura estatal e obteve a efetiva prática dos atos de ofício almejados”.

Data máxima vênia, está-se diante de evidente **bis in idem**.

Isto porque a “utilização da estrutura estatal” decorre da presença de um funcionário público, exigida pelo – e inerente ao – tipo de peculato. Além disso, “a efetiva prática dos atos de ofício almejados”, foi objeto de aplicação da causa de aumento do parágrafo único do artigo 333 do Código Penal.⁴³

Por fim, valendo-se do entendimento doutrinário, exposto no item 4.1 supra, no sentido de que a culpabilidade é o conjunto de todas as circunstâncias judiciais e, assim, considerando que estas são, em sua maioria⁴⁴, positivas, neutras ou inaplicáveis em relação ao recorrente, não há como valorá-la negativamente.

⁴² Destaca-se que o Ministro Cezar Peluso, em seu último voto, fixou a pena no mínimo legal, diante das circunstâncias judiciais favoráveis, tal como se depreende à fl. 53.897. No mesmo sentido, a Ministra Rosa Weber, à fl. 58.793.

⁴³ Código Penal. Artigo 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. (...) Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

⁴⁴ Destaca-se que o Ministro Cezar Peluso, em seu último voto, fixou a pena no mínimo legal, diante das circunstâncias judiciais favoráveis, tal como se depreende à fl. 53.903.

4.4. Da análise das circunstâncias judiciais no tocante ao crime de peculato. Contrato firmado entre a DNA Propaganda e o Banco do Brasil. Itens III.2 (alínea ‘b’) e III.3 (alínea ‘c.2’) da denúncia. Fls. 57.998/58.001.

Neste item está-se diante de incoerências que necessitam ser sanadas no tocante à análise da (a) culpabilidade, dos (b) motivos, das (c) circunstâncias do crime e (d) consequências do crime.

No tocante aos motivos, verifica-se que o Ministro Relator os valora negativamente sob a alegação de que o réu “pretendeu não apenas enriquecer ilicitamente, mas, também, obter remuneração pela prática de ilícitos”.

Tal como disposto no item 4.2, supra, nota-se que, ao analisar os motivos do crime, o Ministro Relator faz menção às intenções de enriquecimento e de auferir remuneração que, evidentemente, são elementares do tipo penal de peculato (apropriação de valores) e, assim, não podem ser valoradas negativamente sob pena de incorrer em **bis in idem**.

No que se refere às circunstâncias e às consequências do crime, verifica-se que há **bis in idem**, consistente na dupla valoração do fato de que o recorrente “recebeu repasses vultuosos” (fato considerado quando da análise das circunstâncias do crime) e a dita “apropriação indevida de R\$ 2.923.686,15” (fato considerado ao se avaliar as consequências do crime).

Finalizando, reitera-se o entendimento doutrinário, exposto no item 4.1 supra, no sentido de que a culpabilidade é o conjunto de todas as circunstâncias judiciais e, assim, considerando que estas são positivas⁴⁵, neutras ou inaplicáveis em relação ao recorrente, não há como valorá-la negativamente.

4.5. Da análise das circunstâncias judiciais no tocante ao crime de lavagem de dinheiro. Item IV da denúncia. Fls. 58.001/58.004.

⁴⁵ Destaca-se que o Ministro Cezar Peluso, em seu último voto, fixou a pena no mínimo legal, diante das circunstâncias judiciais favoráveis, tal como se depreende à fl. 53.899.

Em relação à dosimetria adotada para a fixação da pena pelo crime de lavagem de dinheiro, vê-se que necessitam ser aclaradas as ponderações realizadas a respeito da (a) culpabilidade, dos (b) motivos e das (c) circunstâncias do ilícito.

Destaca-se, de início, que há flagrante **bis in idem** na dosimetria em espeque. Isto porque, ao sopesar as “circunstâncias do ilícito”, o Ministro Relator as analisou desfavoravelmente ao argumento de que “as operações de lavagem de dinheiro se estenderam por mais de dois anos”. Esta situação, vale dizer, foi sopesada também ao se aplicar a elevação da pena, em seu montante máximo (2/3), em virtude da aplicação do instituto do crime continuado, previsto pelo artigo 71 do Código Penal (v. fl. 58.003).

Evidentemente, não há como se valorar duas vezes a mesma situação fática (pluralidade de operações, ao longo de um tempo) para se impor ao recorrente dupla majoração de pena.

De outro lado, no tocante à valoração dos motivos, há **obscuridade**, na medida em que a afirmação de que a intenção foi “de obter recursos indevidos” não guarda qualquer relação com os fatos analisados, subsumidos ao tipo de lavagem de capitais. A dita “obtenção”⁴⁶ de recursos indevidos”, se houve, diz respeito aos crimes antecedentes, necessários à configuração do crime de branqueamento.

Mais uma vez, nota-se que se está diante da valoração de um fato que é inerente ao próprio tipo penal que, desta maneira, não pode ser valorado negativamente.

Reitera-se, por pertinente também a este tópico, o entendimento doutrinário, exposto no item 4.1 supra, no sentido de que a culpabilidade é o conjunto de todas as circunstâncias judiciais e, assim, considerando que estas são, em sua integralidade, positivas, neutras ou inaplicáveis em relação ao recorrente, não há como valorá-la negativamente.

⁴⁶ Neste caso, a noção de “obtenção” tem estreita relação à noção de “proveniência” constante do tipo penal do artigo 1º da Lei nº 9.613/98.

4.6. Da análise das circunstâncias judiciais no tocante ao crime de corrupção ativa. Base aliada. Item VI da denúncia. Fls. 58.004/58.009.

No tocante à pena aplicada pela prática do crime de corrupção ativa da chamada “base aliada” do Governo Federal, verifica-se que não de ser aclaradas afirmativas no tocante à análise da (a) culpabilidade e das (b) circunstâncias do crime.

No que concerne às circunstâncias do crime, destaca-se que há **bis in idem** em sua análise, posto que a avaliação negativa da circunstância judicial se deu com fulcro na afirmativa de que “os pagamentos voltados à prática do crime de corrupção ativa de cada parlamentar foram efetuados ao longo de dois anos”⁴⁷. Valendo-se do mesmo fato (continuidade no tempo), à fl. 58.009, aplicou-se a regra constante do artigo 71 do Código Penal, em evidente dupla valoração da circunstância.

De outro lado, quando da análise da culpabilidade⁴⁸, à fl. 58.005, há a afirmação no sentido de que:

O acusado CRISTIANO PAZ participou de reuniões diretas com o controlador do esquema criminoso, Sr. JOSÉ DIRCEU, em seu gabinete da Casa Civil, juntamente com MARCOS VALÉRIO e DELÚBIO SOARES, com dirigentes do Banco Rural (com o Sr. Sabino Rabello) e do Banco BMG (Sr. Ricardo Guimarães), a demonstrar sua intensa adesão e atuação à prática criminosa que empregou recursos formalmente fornecidos através dessas duas instituições ao acusado CRISTIANO PAZ.

Data vênia, há afrontosa **obscuridade** neste tópico, na medida que esta informação é absolutamente inovadora, não tendo sido sequer ventilada em nenhum momento ao longo da instrução processual.

4.7. Da análise das circunstâncias judiciais no tocante ao crime de quadrilha. Item II (alínea ‘a’) da denúncia. Fls. 57.989/57.990.

⁴⁷ Fl. 58.007.

⁴⁸ Reitera-se o entendimento doutrinário, exposto no item 4.1 supra, no sentido de que a culpabilidade é o conjunto de todas as circunstâncias judiciais e, assim, considerando que estas são positivas, neutras ou inaplicáveis em relação ao recorrente, não há como valorá-la negativamente.

Neste ponto específico, uma questão de relevo merece ser destacada e sanada.

Da análise das penas aplicadas aos outros delitos, em comparação à pena aplicada ao crime de quadrilha, constata-se verdadeira **contradição** no acórdão de fls., na medida em que há evidente **desproporção** entre a valoração dos parâmetros.

Assim, a título de exemplo, se para o crime de corrupção ativa, descrito no item III.1, alínea “b.1” da denúncia, cuja pena era abstratamente cominada, ao tempo dos fatos, de 1 (um) a 8 (oito) anos, fixou-se pena concreta de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, para o crime de quadrilha, neste instante analisado, cuja previsão legal abstrata é de 1 (um) a 3 (três) anos, aplicou-se a pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Vale destacar, por pertinente, que em relação aos dois casos (itens III.1, alínea “b.1” e item II da denúncia) inexistiram agravantes, causas de aumento e, ainda, foram valoradas negativamente as mesmas circunstâncias, a saber: (a) culpabilidade; (b) motivo; (c) circunstâncias e (d) consequências.

Parece claro, portanto, a existência de forte **contradição**, marcada pela desproporção em ambas as análises.

Neste sentido, é a jurisprudência:

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PROPORCIONALIDADE. EXAME DE PROVAS. Se as circunstâncias judiciais que, concretamente, informaram a pena-base de um dos delitos, levaram a resposta penal a um determinado nível, então, a solução para a pena-base do outro, sem qualquer especificidade em sede de diretrizes judiciais, deve guardar certa proporcionalidade. (...) (STJ. 5ª Turma. Rel. Min. Félix Fischer. REsp. 222.398. Data do julgamento 02.12.1999. Data da publicação 28.02.2000).

De igual forma, verifica-se que a pena-base do delito de lavagem de capitais, cuja pena é abstratamente cominada de 3 (três) a 10 (dez) anos, foi fixada apenas 6 (seis) meses acima do mínimo legal (culminando no montante de 3 (três) anos e 6 (seis) meses).

Não há qualquer sentido, portanto – salvo lutar contra a prescrição da pretensão punitiva, direito do réu – em se fixar a pena base do delito de quadrilha, cujo intervalo é abstratamente estabelecido de 1 (um) a 3 (três) anos, no montante de 1 (um) ano e 3 (três) meses acima do mínimo legal.

Neste sentido, inclusive, destacou o Ministro Marco Aurélio, à fl. 58.778:

Penso que, pelo menos sob minha óptica, dois anos e três meses, quanto ao acusado, e consideradas as premissas constantes do voto distribuído, aproximam-se muito mais do teto, e, geralmente, reservamos essa aproximação àqueles casos em que há um número maior de circunstâncias judiciais que se apresentem negativas. Por isso, peço vênica ao relator para fixar a pena em dois anos.

De outro lado, repete-se, em conclusão, o entendimento doutrinário, exposto no item 4.1 supra, no sentido de que a culpabilidade é o conjunto de todas as circunstâncias judiciais e, assim, considerando que estas são, em sua maioria, positivas, neutras ou inaplicáveis em relação ao recorrente, não há como valorá-la negativamente.

5. Da incompletude do acórdão. Trechos do debate cancelados. a) Ausência de importante manifestação do Ministro Luiz Fux. b) Ausência de voto do Ministro Celso de Mello, no tocante à lavagem de capitais.

O Regimento Interno desta Suprema Corte preceitua, em seu artigo 96, que:

Art. 96. Em cada julgamento a transcrição do áudio registrará o relatório, a **discussão**, os **votos fundamentados**, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas, e será juntada aos autos com o acórdão, depois de revista e rubricada.

Entretanto, verifica-se que trechos imprescindíveis à compreensão do julgamento foram simplesmente extraídos do acórdão.

Neste sentido, a título exemplificativo, tem-se que **afirmação realizada pelo Ministro Luiz Fux**, defendendo verdadeira “inversão do ônus da prova” no processo penal e, por consequência, transferindo às defesas a tarefa de se desincumbir da missão de provar a ausência de culpa, foi extirpada do decisor.

Verifica-se, a propósito, que foi registrada a irresignação do Ministro Dias Toffoli, à fl. 53.381, nos seguintes termos:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, com a devida vênia do Ministro **Fux**, a acusação – pelo menos no nosso sistema constitucional, desde 1988 – é que tem que fazer prova. Não vamos inverter isso, pois muita gente lutou para que tivéssemos essa garantia constitucional. A defesa não é obrigada a comprovar as suas versões. É a acusação que tem que comprovar e trazer provas sobre o seu libelo acusatório. Isso é das maiores garantias que a humanidade alcançou, e penso ser necessário que esse Supremo Tribunal Federal as resguarde. Não estou dizendo aqui em relação ao caso concreto, com suas várias interpretações, mas como premissa. Estou rebatendo o que foi dito não em relação ao caso concreto, mas como premissa teórica constitucional. Rogo vênia para divergir de Sua Excelência quanto a essa premissa que lançou.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Quem tem que comprovar as alegações da denúncia é a acusação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO.

Esta premissa, data vênia, absurda aos olhos da moderna dogmática penal, certamente serviu de alicerce e inspiração ao desenrolar do raciocínio do julgador, de forma que não poderia ter sido retirada do contexto.

Mas há mais: verifica-se à fl. 55.032 que **todo o voto do Min. Celso de Mello referente à lavagem de dinheiro foi “cancelado”**, consistindo nulidade insanável.

Assim, note-se que o Ministro Marco Aurélio fez lançar o seu voto, em adiantamento, às fls. 54.976/54.982. Em seguida, o Ministro Gilmar Mendes acostou seu voto às fls. 54.985/55.031.

A manifestação do Ministro Celso de Mello, que deveria constar à fl. 55.032, foi meramente “cancelada”, tendo sido acostado o voto do Ministro Ayres Britto, em seguida, às fls. 55.033/55.068, com manifestação às fls. 55.069/55.076.

O voto do Ministro Celso de Mello, portanto, que acabou se dando oralmente, foi simplesmente suprimido, impondo-se o reconhecimento de nulidade absolutamente insanável. Neste sentido:

O prejuízo que autoriza o reconhecimento da nulidade do ato processual imperfeito pode ser visto sob um duplo aspecto: de um lado, o dano para a garantia do contraditório, assegurada pela Constituição; sob outra ótica, o comprometimento da correção da sentença.⁴⁹

De igual forma, **o voto do Ministro Luiz Fux**, em relação à aplicação do artigo 71 do Código Penal, que deveria constar à fl. 59.563 dos autos, foi integralmente “cancelado”.

Assim, considerando-se o fato de que o acórdão se encontra **incompleto**, em nítida afronta ao devido processo legal e a ao artigo 96 do RISTF, requer-se seja decretada a nulidade da decisão.

6. Da absoluta contradição existente entre as penas pecuniárias fixadas para os réus.

Ao se analisar o acórdão de fls., constata-se que houve absoluta discrepância em relação aos resultados finais das penas de multa aplicadas aos réus. Esta situação

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *op. cit.*, p. 27.

contraditória, inclusive, foi objeto de questionamento do Ministro Ricardo Lewandowski, tal como se depreende às fls. 59.628/59.637.

Em sua análise, finalizada com proposta de reajuste⁵⁰ das penas de multa fixadas, o Ministro Revisor demonstra, com clareza, que há enorme **contradição** nos valores fixados, havendo desproporção clara entre patrimônios, penas corporais e penas pecuniárias de cada um dos réus.

Neste ponto, vale destacar alguns trechos dos debates sobre o tema, para que se constate a evidente necessidade de se sanar a questão, através destes embargos:

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA:

(...) Parece-me um pouco exagerado, agora, no final, depois que já encerramos o julgamento, o Tribunal vir a se debruçar sobre operações matemáticas (...) (Fl. 59.639).

(...)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI:

Sabe, Presidente, é que, pelo menos no que me concerne, eu penso que, se nós adotássemos um critério objetivo e uniforme, evitaríamos um trabalho futuro de julgar embargos declaratórios.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA:

Os advogados estão aí pra isso, eles são pagos pra isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI:

Porque, na dosimetria que nós adotamos, com o devido respeito, existem contradições e obscuridades que podem, eventualmente, ser objeto de embargos declaratórios. (Fls. 59.639/59.640).

(...)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA:

Eu vou ter que comparecer ao Palácio do Planalto para as exéquias do nosso grande arquiteto Oscar Niemayer, então terei que deixar a sessão.

⁵⁰ Destaca-se que a proposta de reajuste da pena pecuniária, exposta pelo Ministro Revisor, reduz de 996 (novecentos e noventa e seis) para 305 (trezentos e cinco) o número de dias-multa aplicados ao recorrente.

Mas de antemão eu digo que não tenho condições de reexaminar as multas que fixei à luz dessa nova fixação trazida pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Eu teria que comparar as multas que eu propus, as que prevaleceram, checar esses novos dados e reexaminar tudo. (Fl. 59.644).

Considerando-se o fato de que a questão não foi corrigida por esta Corte Suprema, tal como proposto pelo Ministro Revisor ao tempo da votação, faz-se necessário, de igual forma, o acolhimento destes embargos para o saneamento da questão.

7. Do pedido.

Face ao exposto, requer-se:

- (i) Seja aberta vista ao eminente Procurador-Geral da República, para que se manifeste, tendo em vista o pedido de concessão de efeitos infringentes aos presentes embargos de declaração;
- (ii) Sejam os presentes embargos submetidos a julgamento do Plenário, nos termos do que preceitua o § 2º do artigo 337 do RISTF;
- (iii) Seja decretada a nulidade do acórdão, em virtude da ausência do dispositivo nos votos do Ministro Cezar Peluso e, mais grave, pela supressão de votos integrais dos Ministros Celso de Mello e Luiz Fux, tal como demonstrado no item 5.
- (iv) Sejam sanadas as obscuridades, dúvidas, omissões e contradições, supra indicadas, com a consequente concessão de efeitos infringentes e a alteração do decisor, nos termos requeridos.

Pede, respeitosamente, deferimento.

De Belo Horizonte para Brasília, 29 de abril de 2013.

Castellar Modesto Guimarães Neto
OAB/MG 102.370