

EXMO.DR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA DO COLENDO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL – **RELATOR DO PROCESSO STF-AÇÃO PENAL Nº 470**
– REVISOR EXMO. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI.

HENRIQUE PIZZOLATO, devidamente qualificado
nos autos da Ação Penal em epígrafe, vem mui respeitosamente à presença de V.Exa,
por seu advogado infra-assinado, com fulcro no artigo 337 do Regimento Interno do
Supremo Tribunal Federal c/ artigo 619 do CPP, opor

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM PEDIDO DE EFEITO
MODIFICATIVO**

o que faz nos termos aduzidos nas razões anexas, requerendo a juntada e o
processamento legal, assim como o seu conhecimento e provimento.

P. Deferimento.

Brasília, 21 de outubro de 2013.

MARTHIUS SÁVIO CAVALCANTE LOBATO

OAB/DF 1681-A

OAB/SP 122.733

EMINENTE MINISTRO RELATOR!

EMINENTE MINISTRO REVISOR!

EMINENTES MINISTROS!

1. Com o devido respeito, permanecem as omissões, contradições, ambiguidade e obscuridade apontadas nos primeiros embargos de declaração. Por esta razão, e para exercer o amplo direito de defesa e do contraditório constitucionalmente garantido, interpõe novos embargos de declaração. Tendo em vista a sistemática para o processamento e julgamento da presente ação penal em instância originária nesta Corte, as decisões proferidas pelo Pleno devem ser completas, sob pena de se caracterizar violação ao Pacto de São José da Costa Rica, razão pela qual se justifica a interposição do presente embargos, sem configurar recurso protelatório.

DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

1. Conforme ficou devidamente decidido pelo Pleno desta Corte quando do julgamento do vigésimo segundo agravo regimental¹:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. RISTF, ART. 337, § 1º. LITISCONSÓRCIO PASSIVO MULTITUDINÁRIO. APLICAÇÃO À HIPÓTESE, POR ANALOGIA, DO ART. 191 DO CPC.

1. É de cinco dias o prazo para a oposição de embargos de declaração contra acórdão proferido pelo STF em ação pena originária. Aplica-se à hipótese o art. 337, § 1º, do Regimento Interno, e não o art. 169 do Código de Processo Penal.
2. Todavia, **conta-se em dobro, o prazo recursal quando há litisconsórcio passivo e os réus estejam representados por diferentes procuradores. Aplica-se a essa hipótese, por analogia, o art. 191 do CPC.**
3. Agravo regimental parcialmente provido. (o realce é meu)

¹ Publicado no DJe de 24.03.2013, Redator para o Acórdão Ministro Teori Zavaski.

2. O v. acórdão foi publicado no dia 10 de outubro de 2013, quinta-feira. O prazo deu início no dia 11 de outubro de 2013, sexta-feira. Computando-se o prazo de 10 (dez) dias, tem-se que o mesmo findou no dia 20 de outubro de 2013, domingo. Nos termos do artigo 798, § 3º, do Código de Processo Penal², o prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato.

3. Protocolado os presentes embargos de declaração no dia 21 de outubro de 2013, tempestivo é o presente apelo.

DA NULIDADE DO V. ACÓRDÃO POR VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 76 E 77 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

1. Com o devido respeito, há omissão, obscuridade e ambiguidade no v. acórdão no tocante a este tópico.

Há que se ressaltar, por oportuno, que em momento algum o ora embargante suscitou o desmembramento. Pelo contrário, conforme consta em seus fundamentos, e não enfrentados pelo v. acórdão ora embargado, o embargante requereu a nulidade do acórdão no tocante ao embargante. O desmembramento é consequência lógica da nulidade a ser declarada.

2. Afirmou, o Eminentíssimo Ministro Relator não ter ocorrido qualquer dos vícios ensejadores dos embargos de declaração tendo em vista a inexistência de *“qualquer alteração na situação jurídica do embargante decorrente da existência de processos criminais que, desmembrados dos autos desta ação penal, passaram a investigar possíveis partícipes dos crimes pelos quais o embargante foi*

² CPP – Artigo 798 – Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado. § 3º – O prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato.

condenado, e em relação aos quais não havia, no momento do oferecimento da denúncia, indícios suficientes de autoria”.(fls. 65.383).

Afirmou ainda, que “*cumpre mais uma vez ressaltar que esse e outros desmembramentos foram solicitados há mais de sete anos, inclusive na própria denúncia, que esclareceu, por exemplo, no item III.4, que o não oferecimento de denúncia contra alguns indivíduos, naquele momento, não implicava arquivamento e se justificava pela necessidade de colhimento de outras provas contra eles. Assim, a instauração de ações penais contra outros possíveis partícipes, no primeiro grau de jurisdição, foi resultado do desmembramento realizado naquele momento inaugural do presente processo, não havendo qualquer outra ação penal que apura a conduta do embargante*”. (realce do original, fls. 65.390).

3. Contudo, deixou de se manifestar sobre o ponto fundamental da questão posta em debate e que leva necessariamente à nulidade do v. acórdão por violação aos artigos 76 e 77 do CPP.

3.1. Na afirmação do Ministério Público para justificar o “desmembramento” dos inquéritos jamais informou que os outros partícipes eram **exatamente os três outros funcionários do Banco do Brasil que assinaram juntamente com o embargante as Notas Técnicas** que foram consideradas por esta Corte como o ato de ofício para caracterizar os crimes de desvio de “dinheiro público”.

É importante salientar que na própria CPMI dos correios, em seu relatório final³, como, aliás, vem sendo afirmado desde a alegação final do embargante, reiterado em sustentação oral, com apresentação de documentos constantes nos autos, fora **requerido o indiciamento dos 4 funcionários do Banco do Brasil que assinaram as Notas técnicas**⁴, quais sejam: *a)* Fernando Barbosa de Oliveira, **DIREITO DE VAREJO DO BANCO DO BRASIL**; *b)* Cláudio de Castro Vasconcelos, **GERENTE EXECUTIVO DE MARKETING DO BANCO DO**

³ Relatório final dos trabalhos da CPMI dos Correios, Item 10.5, p. 481 e p. 486 – Indiciamentos;

⁴ Relatório final dos trabalhos da CPMI dos Correios, P. 488;

BRASIL; c) Douglas Macedo, GERENTE EXECUTIVO DE VAREJO e d) Henrique Pizzolato, DIRETOR DE MARKETING DO BANCO DO BRASIL.

O relatório final da CPMI dos Correios, que fora base para a denúncia da PGR, e encontra-se nos autos⁵, **determinou o indiciamento dos 4 (quatro) funcionários do Banco do Brasil S/A, que assinaram as Notas Técnicas, como citado acima.** Não explicou até o presente momento a PGR o porque de ter desmembrado os inquéritos. Isto porque, como é cediço, nos termos do **artigo 29**⁶ do Código Penal, **todos que concorrem para o crime são, simplesmente autores.** Como é cediço, o Código Penal adotou de forma preponderante a teoria monista ou unitária. Em outras palavras **todo aquele que concorre para o crime é considerado seu autor.** Portanto, se os **outros 3 (três) funcionários do Banco do Brasil S/A assinaram conjuntamente as Notas Técnicas que esta corte considerou como ato de ofício isolado para a condenação do ora embargante, os 3 (três) são considerados autores** da mesma conduta e do mesmo crime do embargante não havendo qualquer necessidade de procedimento paralelo para comprovar a participação de cada um.

Ora, ao contrário do que afirmou o v. acórdão, com o devido respeito, não se trata de denunciar, como afirmou a PGR, “outros indivíduos”. Tratava-se e trata-se de **denunciar autores** do mesmo crime, já que os outros 3 (três) funcionários do Banco do Brasil S/A (dois gerentes executivos e 1 diretor de varejo) **TAMBÉM ASSINARAM AS REFERIDAS NOTAS TÉCNICAS.**

Observe-se que este fato, afirmado na defesa, reiterado em sustentação oral, **NÃO FOI OBJETO DE FUNDAMENTAÇÃO, SEQUER PARA AFASTAR A COAUTORIA** pelo v. acórdão. Para o respeito ao amplo direito de

⁵ Apenso 81, volume 2. Documento de domínio público, logo, considerado fato público e notório e de fácil acesso pela internet: <http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol3.pdf>

⁶ CP - Art. 29 - Quem, de qualquer modo, **concorre para o crime incide nas penas a este cominadas**, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

defesa, não basta que se afirme que o embargante era o responsável, deve ser fundamentado qual o motivo, ou seja, a **tese jurídica que levou esta a Corte a DESCONSIDERAR QUE AS NOTAS TÉCNICAS FORAM ASSINADAS POR 4 (Quatro) FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL S/A.**

3.2. De outra banda, não procedem os fundamentos do Eminentíssimo Ministro Revisor ao afirmar que esta questão “*não foi ventilada nem em alegações finais, tampouco por ocasião da sustentação oral da defesa*”. (fls.65412) Isto porque, conforme explicado em seus embargos de declaração, **tais inquéritos estavam sob sigilo de justiça** e o ora **embargante somente tomou conhecimento com a matéria publicada pela Folha de São Paulo de 31 de outubro de 2012,** assinada por Flávio Ferreira e Matheus Leitão sob o título “**MENSALÃO LEVA À QUEBRA DO SIGILO DE EX-EXECUTIVOS DO BB**”. Também como explicado na petição de embargos de declaração, **fls. 61370/61371, o ora embargante requereu, em novembro de 2012,** junto ao Ministro Relator vista do referido inquérito, que estava sob sigilo de Justiça, inclusive com indicação desta Corte para o MM Juiz de 1ª instância. Este pedido fora indeferido tendo o embargante interposto agravo regimental que, em sessão, também fora indeferido. Após, requereu diretamente vistas do inquérito e somente teve o seu deferimento em 30 de abril de 2013, véspera do término do prazo para a interposição daqueles embargos de declaração.

É por esta razão que não houve qualquer menção quer em alegações finais quer em sustentação oral. Portanto, o fundamento **de intempestividade** arguida pelo Eminentíssimo Ministro Revisor **não procede.**

Da mesma forma, com o devido respeito, não procede o fundamento do Eminentíssimo Ministro Revisor de que “*não há continência alegada, pois na Justiça de primeiro grau não houve ainda o recebimento da denúncia. O que há, consoante afirmação do próprio embargante, é um procedimento em fase instrutória*”. (fls. 65412).

Ora a existência de coautoria de um crime não pode ficar à mercê da vontade da PGR, para que possa “montar uma historinha”. Se as **NOTAS TÉCNICAS ASSINADAS PELOS 4 FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL É QUE FOI BASE DE FUNDAMENTO PARA O ATO DE OFÍCIO QUE LEVOU A CONDENAÇÃO DO EMBARGANTE, NOS TERMOS DO ARTIGO 29 DO CP, TODOS OS 4 SÃO AUTORES DO MESMO CRIME.** É impossível, e nem em jurisprudência, nem na doutrina iremos encontrar, a teor do que dispõe o artigo 29 do CP, a distinção entre autor de partícipe. **Todos que concorrem para o crime são necessária e simplesmente autores.**

É aqui que encontramos a nulidade da decisão.

A omissão e obscuridade do v. acórdão persiste no momento em que não foi enfrentado **O FUNDAMENTO DA EXISTÊNCIA DE COAUTORIA ENTRE OS 4 FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL S/A QUE ASSINARAM AS NOTAS TÉCNICAS QUE DERAM ORIGEM E FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO DO EMBARGANTE.**

Trata-se, portanto, de nulidade absoluta.

3.2.1. Requer, assim, seja explicitado o fundamento jurídico para não configurar a coautoria do Diretor de Varejo, Fernando Barbosa de Oliveira, do Gerente executivo de Marketing, Cláudio de Castro Vasconcelos e do Gerente executivo de varejo, Douglas Macedo, **uma vez que todos eles ASSINARAM AS NOTAS TÉCNICAS QUE LEVARAM A CONDENAÇÃO DO ORA EMBARGANTE, conforme faz prova as Notas Técnicas constantes nos autos.**

Ressalte-se, por oportuno que não se trata de revolver fatos e provas, mas sim de fixar o real conteúdo valorativo das provas produzidas na medida em que as NOTAS TÉCNICAS é o documento base para a configuração de ato de ofício para a caracterização do “crime” em que o embargante fora condenado. **Logo, tendo sido as referidas NOTAS TÉCNICAS assinadas por 4 (quatro) executivos do**

Banco do Brasil S/A, deve ser dado o real fundamento jurídico para a não configuração da coautoria, logo, a não aplicação dos artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal.

3.3. A contradição do v. acórdão neste aspecto se encontra quanto à aplicação para determinado réu da teoria do domínio do fato, mesmo não tendo qualquer prova de sua participação nos eventos tidos por criminosos. O fez sob o fundamento de que pelo cargo que ocupava era impossível não ter conhecimento dos “crimes” que estavam sendo cometidos. Ao aplicar a teoria do domínio do fato a partir da presunção, para determinado réu, deve esta Corte aplicar a teoria do domínio do fato para os outros 3 (três) executivos que assinaram a Nota Técnica. Logo, por consequência lógica, uma vez que a PGR agiu de má-fé, na medida em que tem a certeza da coautoria, mas não incluiu todos os autores na denuncia do que entendeu por crime, deve ser anulada a decisão por violação ao artigo 29 do CP c/c artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal.

3.3.1. Requer, seja explicitada a tese da não aplicação da teoria do domínio do fato para **configurar a existência de coautoria aos 3 (três) executivos que assinaram as Notas técnicas conjuntamente com o ora embargante.**

**DA ILEGALIDADE DAS ANTECIPAÇÕES DO FUNDO DE INCENTIVO
VISANET – DA INEXISTÊNCIA DE NORMA PROIBITIVA
DA NÃO INDICAÇÃO DA AUDITORIA DO BANCO DO BRASIL A ENSEJAR
A CONDENAÇÃO**

4. No tocante ao fundamento de que as antecipações ocorridas seriam ilegais a omissão e contradição permanece. Isto porque afirmou o v. acórdão:

Em evidente argumentação de mérito, devidamente afastada por este Plenário, o embargante alega que o Regulamento do Fundo Visanet conferiria legalidade aos repasses milionários realizados mediante atuação do embargante, no exercício do cargo de Diretor de Marketing do Banco do Brasil.

O mencionado Regulamento não apenas foi analisado por este Tribunal como, ainda, foi citado em múltiplas passagens, em que se considerou, por exemplo, **ter havido ampla violação das normas nele contidas** (fls. 52.354/52.355 [4]; fls. 52.374 [5]; fls. 52.509/52.510 [6]; fls. 52.534 [7]; fls. 52.551 [8]; fls. 53.207; fls. 53.453 [9]tre várias outras-sic). (o realce é meu – fls. 65392)

Ao remeter os “esclarecimentos” às fls. citadas, constata-se a manutenção da omissão e contradição apontada. Isto porque, conforme exposto em embargos declaratórios anterior, em momento algum das provas produzidas nos autos, ficou apontado qual o item do Regulamento do Fundo Visanet que teria sido violado. Em outras palavras, **NÃO HÁ UMA ÚNICA PROVA QUE AFIRMA QUE A CONDUTA DO EMBARGANTE TERIA VIOLADO O ITEM “X” DO REGULAMENTO.** Muito pelo contrário.

Não por acaso que os fundamentos constantes às fls. **fls 52.354/52.355 Vol 243⁷, fls. 52.374 Vol 243⁸, fls. 52.509/52.510 Vol 244⁹, fls. 52.534 Vol 244¹⁰, fls. 52.551 Vol 244¹¹, fls. 53.207 Vol 246¹², fls. 53.453 Vol 247¹³**, não citam,

⁷ Refere-se a informações prestadas pela CNMP-Visanet aos peritos do INC constantes do Laudo 2828/2006-INC. Ao analisar as referidas informações constata-se que INEXISTE REFERÊNCIA À VIOLAÇÃO DAS NORMAS DO REGULAMENTO DO FUNDO VISANET.

⁸ Não há nenhuma especificação da norma constante do Regulamento do Fundo Visanet que proíba a antecipação de valores do Fundo Visanet.

⁹ Não há qualquer especificação da norma constante do Regulamento do Fundo Visanet que proíba a antecipação de valores do Fundo Visanet.

¹⁰ Não qualquer especificação da norma constante do Regulamento do Fundo Visanet que proíba a antecipação de valores do Fundo Visanet. Ressalte-se, ainda, que não há, inclusive, qualquer citação a item da Auditoria do Banco do Brasil S/A que considerou irregular as antecipações de valores do Fundo Visanet, por contrariar o regulamento do Fundo Visanet, bem como as cláusulas das normas do Regulamento do Fundo Visanet que os auditores do Banco do Brasil consideraram que foram violadas pelo embargante.

¹¹ Muito embora tenha o Ministro Revisor citado a existência, de forma genérica, de documentos que comprovariam as “irregularidades” cometidas pelo embargante, fato é que em momento algum foi citado ou mesmo especificado qual o dispositivo, item da norma constante do Regulamento do Fundo Visanet que proíba a antecipação de valores do Fundo Visanet. Observe-se que sequer o Laudo 2828/2006-INC que fora tantas vezes citado não é apontado, em qual momento, item do referido Laudo é afirmado a proibição de antecipações. Aliás, nas 44 fls. do referido Laudo **não há uma única citação do nome do embargante.**

¹² Não há qualquer especificação da norma constante do Regulamento do Fundo Visanet que proíba a antecipação de valores do Fundo Visanet.

¹³ Não há qualquer especificação da norma constante do Regulamento do Fundo Visanet que proíba a antecipação de valores do Fundo Visanet.

em momento algum, qual o dispositivo do regulamento que teria sido violado, permanecendo a omissão e contradição no v. acórdão.

4.1. Os fundamentos constantes nas referidas folhas, que, frise-se novamente, em momento algum citam qual o dispositivo do regulamento que proibiam as antecipações entram diretamente em contradição com a auditoria interna do Banco do Brasil S/A, constante no **APENSO 427, FLS. 29338/29339**, uma vez que confirma a existência das antecipações em período anterior à gestão do ora embargante¹⁴.

Da mesma forma, o Laudo 2828/2006-INC tantas vezes citado comprovou a existência de antecipações em período anterior à gestão do embargante, ou seja, no período de 2001 a 2002¹⁵.

4.2. Configurado está a existência da omissão e contradição, devem as mesmas ser devidamente analisadas, fundamentando, inclusive, o motivo que levou a desconsideração das informações prestadas e apontadas, para que se possa conferir a real subsunção dos fatos às normas. Ao assim proceder, certamente, diante das provas apontadas e não analisadas, e aqui não se está requerendo o revolvimento de fatos e provas, mas a aplicação do necessário conteúdo valorativo das provas citadas será fixada o entendimento de que as antecipações que foram realizadas no período da gestão do embargante foram legais e regulares, conforme entendimento do próprio Banco do Brasil S/A.

CONCLUSÃO

5. Ante todo o exposto e do que mais nos autos consta, requer sejam conhecidos os presentes embargos de declaração, para, em ordem sucessiva:

¹⁴ A transcrição das afirmações da auditoria interna do Banco do Brasil S/A se encontra no primeiro embargos de declaração de fls. 61.417, dos autos.

¹⁵ A transcrição das afirmações do Laudo 2828/2006-INC se encontra no primeiro embargos de declaração, fls. 61.418 dos autos.

- A.** Acolher a preliminar de nulidade do v. acórdão proferido na Ação Penal nº 470, no tocante ao embargante por violação ao artigo 29 do Código Penal e artigos 71, I, 76 e 77 todos do Código de Processo Penal e, consequentemente, determinar o desmembramento para a 1ª instância, nos termos dos fundamentos supra;
- B.** Sejam sanadas as omissões e contradições apontadas, nos termos dos fundamentos supra. Sanando-as, poderá acarretar os efeitos modificativos do julgado, o que desde já se requer, para absolver o embargante das acusações impostas, nos termos do artigo 386, IV do Código de Processo Penal;
- C.** Face ao pedido de efeito modificativo do julgado, requer seja dado vista para o Ministério Público Federal, no prazo legal.

P. Deferimento.

Brasília, 21 de outubro de 2013.

MARTHIUS SÁVIO CAVALCANTE LOBATO

OAB/DF 1681-A

OAB/SP 122.733