**EXCELENTÍSSIMO MINISTRO LUIZ FUX; D.D. RELATOR DOS EMBARGOS INFRINGENTES NA AP- 470**

COPIA - STF AP 470 - CPF 08820354849 - 02/12/2013 18:51:51

**JOÃO PAULO CUNHA**, por seu defensor, nos autos da Ação Penal supra nomeada, com fundamento no disposto pelo art. 333, inciso I, do RISTF, respeitosamente vem à elevada presença de Vossa Excelência a fim de opor **EMBARGOS INFRINGENTES** contra o v. acórdão de fls., que por 9 votos a 2 impôs-lhe a condenação pelo crime de **corrupção passiva** e, pela mesma votação, pelo crime de **peculato** ligado à contratação da SMP&B.

Termos em que, do processamento, aguardando-se a decisão na forma preconizada pelo em. Min. TEORI ZAVASCKI (sessão de 13/11/13: "*O Tribunal, por maioria, excluiu da execução imediata do acórdão as condenações que já foram impugnadas por meio de embargos infringentes, considerados os estritos limites de cada recurso, por ainda estarem pendentes de exame de admissibilidade, nos termos do voto do Ministro Teori Zavascki*"), pede deferimento.

São Paulo, 2 de dezembro de 2013.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

OAB/SP n. 65.371

ALBERTO ZACHARIAS TORON:05402152870

Assinado de forma digital por ALBERTO ZACHARIAS TORON:05402152870
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, ou=RFB e-CPF A3, ou=(EM BRANCO), ou=Autenticado por Certisign Certificadora Digital, cn=ALBERTO ZACHARIAS TORON:05402152870
Dados: 2013.12.02 15:57:52 -02'00'



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

**EGRÉGIO PLENÁRIO,**

**DOUTO RELATOR,**

**EMINENTE PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA,**

COPIA - STF AP 470 - CPF 58432035149 - 02/12/2013 18:51:52

## I – DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE RECURSO

O presente recurso de Embargos Infringentes reveste-se de todos os requisitos, objetivos e subjetivos, exigidos para a sua admissibilidade.

Admite o artigo 333, inciso I, a oposição de Embargos Infringentes à decisão não unânime do órgão Plenário ou da Turma que julgar procedente a ação penal.

Trata-se de tradicional mecanismo em nosso ordenamento jurídico, que permite o reexame de decisão, sempre que prejudicial ao réu, quando proferida, originariamente, pelo Tribunal que representa a última instância recursal[1].

[1] Previsão bastante semelhante colhe-se, por exemplo, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar que admite, em seu artigo 119 admite a oposição de Embargos Infringentes de decisão não unânime em processo oriundo de Conselho de Justificação, e de decisão, **unânime ou não**, em



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Em se tratando de Embargos opostos à decisão proferida pelo Pleno em ação penal originária, basta, com a devida *venia*, a existência de um único voto divergente. É o que se extrai da leitura conjugada dos artigos 333, parágrafo único, e 245, inciso VII, que trata da ação penal originária:

> "*Art. 333. Parágrafo único. O cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes,* ***salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta****.*

> "*Art. 245, inciso VII. Encerrados os debates, o Tribunal passará a deliberar* ***em sessão secreta****, sem a presença das partes e do Procurador-Geral, e proclamará o resultado do julgamento em sessão pública.*"

Conquanto hoje não mais subsista o sigilo do julgamento, diante de disposição constitucional garantindo a publicidade de todas as decisões, permanece a distinção feita pelo Regimento entre a ação penal originária e os demais processos de competência do Plenário.

Com relação aos julgamentos realizados em ação penal originária, a desnecessidade de um número mínimo de votos divergentes persiste no Regimento Interno, mesmo feita a ressalva quanto à publicidade do julgamento.

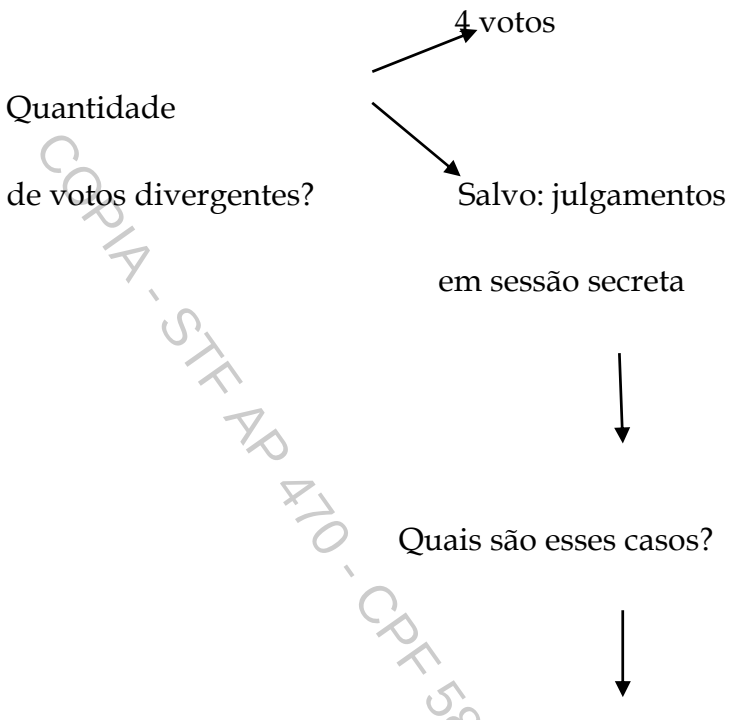
CÓPIA - STF AP 470 CE 5843205149 - 02/12/2013 16:51:52

Ação Penal Originária e Representação para Declaração de Indignidade ou de Incompatibilidade para o Oficialato. A razão de ser de novo julgamento mesmo para casos em que a decisão foi unânime reforça a ideia de que se está a garantir um reexame, justamente nas hipóteses em que o Tribunal funciona como única instância no julgamento dos fatos. Mesmo no Tribunal Superior do Trabalho, em que não há a figura do acusado, há a previsão, em seu artigo 70, II, c, de embargos infringentes de decisão não unânime proferida em processo de dissídio coletivo de competência originária do Tribunal.



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Perceba-se:




Com relação a estes casos que foram excepcionados, **a desnecessidade de um número mínimo de votos divergentes persiste no Regimento Interno, atualmente em vigor, mesmo feita a ressalva quanto à publicidade do julgamento**.

É que a exceção foi posta tanto em razão do caráter secreto do julgamento, como da natureza (relevância e delicadeza do tema a ser tratado) do julgamento.

Aliás, a natureza do julgamento é que justificava tanto a restrição da publicidade quanto a reanálise do caso em caso de divergência.

CÓPIA - STF AP 470 - CPF 58430231649 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Assim, ainda que a Constituição de 1988 e, posteriormente, a Lei 8.038/90 tenham retirado o sigilo da sessão de julgamento, permanece a previsão regimental de embargos infringentes para aqueles mesmos casos.

Basta, para tanto, realizar a supressão da expressão "sessão secreta" do parágrafo único do artigo 333 para constatar que **permanece a garantia do reexame por meio dos embargos nos casos de julgamentos criminais**:

> *"Art. 333. Parágrafo único. O cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes,* ***salvo nos casos de julgamento criminal (~~em sessão secreta~~)****.*

É que os julgamentos criminais, mesmo públicos, continuam a demandar maior proteção e, portanto, revisão por meio dos embargos infringentes.

Trata-se de exigência de **respeito ao princípio da igualdade** e ao princípio do **duplo grau de jurisdição** já que, para os réus julgados em primeira instância, além do reexame por meio do recurso de apelação, há, ainda, a possibilidade de novo julgamento, bastando que a decisão que lhe é desfavorável não seja unânime, sem qualquer restrição quanto ao número de votos[2].

Como bem se sabe, o julgamento perante o Supremo Tribunal Federal em razão da prerrogativa de função é uma garantia, sendo, portanto, posta em favor do acusado.

CÓPIA - STF AP 470 - CPF 58432655249 - 02/12/2013 18:51:52

[2] *Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.*
*Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.*



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Não teria qualquer sentido se o julgamento perante o Tribunal máximo do país, além de importar em supressão da garantia do duplo grau de jurisdição, impusesse, ainda, restrição maior em relação ao cabimento dos embargos. Máxime quando há precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso **Barreto Leiva X Venezuela**, cuja sentença data de 17/11/09 e que proclama a aplicação da garantia do duplo grau também nos casos de julgamento pela Corte Suprema. Enfim, uma forma de se garantir o reexame das questões é o processamento dos embargos ao menos quando exista um voto divergente.

CÓPIA - STF AP 470 - CPF 84826354149 - 02/12/2013 18:51:52

Uma norma (ou mesmo uma interpretação) que impedisse o reexame da condenação – regimental ou não – colide com o que preconiza o Pacto de San José da Costa Rica. Aliás, a em. professora de Direito Internacional da USP, MARISTELA BASSO, em precioso artigo, na linha do que já havia advertido o em. Min. CELSO DE MELLO no memorável voto que deu pela admissibilidade dos infringentes, alertou para o fato de que, ao rejeitar os argumentos do Estado venezuelano, a Corte Interamericana sustentou "*que sua jurisprudência tem sido enfática no sentido de que o direito de impugnar a sentença busca proteger o direito de defesa, na medida em que outorga a possibilidade de interposição de recurso para evitar que fique definitiva uma decisão adotada em um procedimento viciado e que contenha erros que possam ocasionar prejuízos indevidos aos interesses dos jurisdicionados*" (Réus do Mensalão podem recorrer à Comissão Interamericana, *in* Conjur, 27/11/13, acessado em 30 de Nov de 2013, www.conjur.com.br).

Vale, no ponto, rememorar o inesquecível voto do em. Ministro CELSO DE MELLO:

"*De outro lado*, **há a considerar**, *ainda*, **um outro aspecto** que tenho por pertinente **no exame** da controvérsia ora em julgamento **e que se refere** ao fato de que a regra consubstanciada no art. 333, inciso I, do RISTF **busca permitir**, *ainda que de modo incompleto*, **a concretização**, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **no contexto** das causas penais originárias, *do postulado do duplo reexame*, **que visaria amparar** o



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

direito consagrado **na própria** Convenção Americana de Direitos Humanos, **na medida em que realiza**, *embora insuficientemente*, a cláusula convencional da proteção judicial efetiva (**Pacto de São José da Costa Rica**, Art. 8º, n. 2, **alínea** "**h**"). **A adoção** *do critério do duplo reexame* **nos julgamentos** penais condenatórios **realizados** pelo Supremo Tribunal Federal, **possibilitando** a utilização *dos embargos infringentes* **na hipótese singular** prevista no art. 333, **inciso** I, do RISTF, **permitirá** alcançar solução, *não obstante limitada*, **nos casos** em que o Supremo Tribunal Federal, **atuando** originariamente *como instância judiciária única*, **proferir**, *por votação majoritária*, julgamentos penais **desfavoráveis** ao réu.

Na realidade, **não se pode deixar de reconhecer** que os embargos infringentes, **tais como** instituídos no **inciso I** do art. 333 do RISTF, **mostram-se insuficientes** à plena realização de um direito fundamental **assegurado** pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 8º, n. 2, "**h**") **e que consiste** na prerrogativa jurídico processual de o condenado "recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior".

**Esse direito** *ao duplo grau de jurisdição*, **consoante adverte** a Corte Interamericana de Direitos Humanos, **é também invocável** *mesmo nas hipóteses* de condenações penais **em decorrência de prerrogativa de foro**, decretadas, *em sede originária*, por Cortes Supremas de Justiça **estruturadas** no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido, *como obrigatória*, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos **em todos os casos** relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica.

**Não custa lembrar** que o Brasil, apoiando-se em soberana deliberação, **submeteu-se** à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, **o que significa** – considerado o formal reconhecimento da obrigatoriedade de observância e respeito À competência da Corte (**Decreto** n. 4.463/2002) – que o Estado brasileiro **comprometeu-se**, por efeito de sua própria vontade político-jurídica, " a cumprir a decisão da Corte em todo caso" **de que é parte** (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 68).
Pacta sunt servanda...
*Com efeito*, o Brasil, **no final** do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (**Decreto** nº 4.463, de 08/11/2002), **reconheceu** *como obrigatórias a jurisdição* **e** *a competência* da Corte Interamericana de Direitos Humanos, "*em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção*" (**Pacto de São José da Costa Rica**, Artigo 62), **o que legitima** o exercício, por esse importante organismo

STF AP 470 CPF 582.205.149-04 02/12/2013 16:51:52


Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

judiciário de âmbito regional, *do controle de convencionalidade*, **vale dizer**, da adequação e observância, **por parte** dos Estados nacionais *que voluntariamente se submeteram*, **como o Brasil**, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, dos princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados e proclamados, *no contexto do sistema interamericano*, pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

COPIA STF AP 470 CPI-5842638-46 e 02/12/2013 18:55:52

**É importante ter presente**, *no ponto*, **o magistério**, *sempre autorizado*, **dos eminentes Professores** LUIZ FLÁVIO GOMES e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, **cuja lição**, *no tema*, **a propósito** *do duplo grau de jurisdição no sistema interamericano de direitos humanos*, **notadamente após a Sentença proferida** pela Corte Interamericana de Direitos Humanos **no caso** *Barreto Leiva* ***vs.*** *Venezuela*, **vale rememorar**:

"***As duas exceções*** *ao direito ao duplo grau,* ***que vêm sendo reconhecidas*** *no âmbito dos órgãos jurisdicionais europeus [europeus!],* ***são as seguintes****: (a)* ***caso de condenação*** *imposta em razão de recurso contra sentença absolutória; (****b****)* ***condenação imposta*** *pelo tribunal máximo do país. ([1])* ***Mas a sistemática do direito e da jurisprudência interamericana é distinta****.* ***Diferentemente*** *do que se passa com o sistema europeu,* ***vem o sistema interamericano*** *afirmando* ***que o respeito*** *ao duplo grau de jurisdição* ***é absolutamente indispensável, mesmo que se trate de condenação pelo órgão máximo do país****.* ***Não existem ressalvas*** *no sistema interamericano* ***em relação*** *ao duplo grau de jurisdição. A Corte Interamericana* ***não é*** *um tribunal* ***que está acima*** *do STF, ou seja,* ***não há hierarquia*** *entre eles.* ***É por isso que ela não constitui*** *um órgão recursal.* ***Porém****, suas decisões* ***obrigam*** *o país* ***que é condenado*** *a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. 'Pacta sunt servanda': ninguém é obrigado a assumir compromissos internacionais. Depois de assumidos, devem ser cumpridos.*

***De forma direta****, a Corte* ***não interfere*** *nos processos que tramitam num determinado Estado membro* ***sujeito à sua jurisdição*** *(****em razão de livre e espontânea adesão****), porém, de forma indireta,* ***sim****. (…).*

*…….*

***No caso*** *'Barreto Leiva contra Venezuela',* ***a Corte****, em sua decisão de 17.11.09,* ***apresentou*** *duas surpresas:* ***a primeira*** *é que fez*

27

*valer* ***em toda a sua integralidade*** *o direito ao duplo grau de jurisdição (direito de ser julgado duas vezes, de forma ampla e*



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

*ilimitada)* ***e a segunda*** *é que deixou claro que esse direito vale para todos os réus,* ***inclusive os julgados pelo Tribunal máximo*** *do país,* ***em razão*** *do foro especial* ***por prerrogativa de função ou*** *de conexão com quem desfruta dessa prerrogativa.*

*….*

***A obrigação de respeitar*** *o duplo grau de jurisdição* ***deve ser cumprida*** *pelo Estado,* ***por meio*** *do seu Poder Judiciário,* ***em prazo razoável. De outro lado****, também deve o Estado* ***fazer as devidas adequações no seu direito interno****, de forma a garantir sempre o duplo grau de jurisdição, mesmo quando se trata de réu com foro especial por prerrogativa de função.*

*….*

***De outro lado****, quando o julgamento* ***acontece*** *na Corte Máxima,* ***a única interpretação*** *possível do art. 8º, II, 'h', da CADH,* ***é que este mesmo tribunal é o competente*** *para o segundo julgamento. Foi isso que determinou a CIDH no caso 'Barreto Leiva'. Quando não existe outro juiz ou Corte 'superior', é a mesma Corte máxima que deve proceder ao segundo julgamento porque, no âmbito criminal, nenhum réu jamais pode ser tolhido desse segundo julgamento (consoante a firme e incisiva jurisprudência da CIDH).*" (**grifei**)".

E o sempre prestigiado LUIZ FLÁVIO GOMES, em artigo doutrinário, ao falar do caso Leiva, lembra que "*A decisão da Corte foi mais longe: inclusive os réus com foro especial contam com o direito ao duplo grau; por isso é que mandou a Venezuela adequar seu direito interno à jurisprudência internacional: "Sem prejuízo do anterior e tendo em conta as violações declaradas na presente sentença, o Tribunal entende oportuno ordenar ao Estado que, dentro de um prazo razoável, proceda a adequação de seu ordenamento jurídico interno, de tal forma que garanta o direito a recorrer das sentenças condenatórias, conforme artigo 8.2.h da Convenção, a toda pessoa julgada por um ilícito penal, inclusive aquelas que gozem de foro especial*." (Julgamento do mensalão pode não valer, publicado em 25/7/13; www.conjur.com.br, acessado em 30/11/13).

Enfim, sem esquecer o recente alerta do jurista GOMES CANOTILHO sobre o direito dos réus ao reexame da condenação oriunda do STF (**Folha de São Paulo**, 24/11/13), é de se repetir com MARISTELA BASSO "*o direito a revisão da sentença condenatória confirma, como se vê, o direito de todos de recorrer da sentença e outorga*

CÓPIA - STF - AP 470 - CIF 55402035249 - 02/12/2013 16:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

*credibilidade ao ato jurisdicional do Estado e, ao mesmo tempo, confere maior segurança e tutela dos direitos do condenado*" (em: Réus do Mensalão podem recorrer à Comissão Interamericana, idem).

No tocante à tempestividade, é imperioso esclarecer que o acórdão que se pretende ver reformado por essa via recursal, foi publicado no dia 27 de novembro de 2013, atendido, portanto, o prazo de 30 dias para interposição do recurso que esta eg. Corte definiu em sessão Plenária e descontados os dias consumidos no manejo dos declaratórios.

CÓPIA - STF AP 470 - CPF 58432025149 - 07/11/2013 18:51:53

**II- SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS PARA A CONDENAÇÃO PELA CORRUPÇÃO PASSIVA E PELO PECULATO**

O v. acórdão condenatório, no que diz com corrupção passiva e com o peculato relativo à contratação da agência SMP&B, assim decidiu:

> "CAPÍTULO III DA DENÚNCIA. SUBITEM III.1. CORRUPÇÃO PASSIVA. CORRUPÇÃO ATIVA. PECULATO. LAVAGEM DE DINHEIRO. AÇÃO PENAL JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.
>
> 1. Restou comprovado o pagamento de vantagem indevida ao então Presidente da Câmara dos Deputados, por parte dos sócios da agência de publicidade que, poucos dias depois, viria a ser contratada pelo órgão público presidido pelo agente público corrompido. Vinculação entre o pagamento da vantagem e os atos de ofício de competência do ex- Presidente da Câmara, cuja prática os réus sócios da agência de publicidade pretenderam influenciar. Condenação do réu JOÃO PAULO CUNHA, pela prática do delito descrito no artigo 317 do Código Penal (corrupção passiva), e dos réus MARCOS VALÉRIO,



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH, pela prática do crime tipificado no artigo 333 do Código Penal (corrupção ativa).

2. Através da subcontratação quase integral do objeto do contrato de publicidade, bem como da inclusão de despesas não atinentes ao objeto contratado, os réus corruptores receberam recursos públicos em volume incompatível com os ínfimos serviços prestados, conforme constatado por equipes de auditoria de órgãos distintos. Violação, por outro lado, à modalidade de licitação que resultou na contratação da agência dos réus. Comprovado o desvio do dinheiro público, com participação ativa do Presidente da Câmara dos Deputados, que detinha a posse dos recursos em razão do cargo que exercia. Caracterizado um dos crimes de peculato (art. 312 do CP) narrados no Item III.1 da denúncia. Condenação dos réus JOÃO PAULO CUNHA, MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH." (fls. 51.620/51.621).

CÓPIA - STFAP 470 - CPF 58432035149 - 02/12/2013 18:51:52

**III – O CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA:**

A despeito do respeitável entendimento da d. maioria, dele divergindo, o em. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, no que se refere à **corrupção**, absolveu o Embargante nos seguintes termos:

"2. Corrupção passiva (art. 317, caput, do Código Penal)
A possibilidade de ocorrer o crime de corrupção passiva tipificado no art. 317 do Código Penal, independentemente da prática do delito de corrupção ativa, previsto no art. 333 do mesmo diploma legal, é reconhecida pelos especialistas Nelson Hungria, Damásio De Jesus, Celso Delmanto e Julio Fabbrini Mirabete, além de outros, que afastam o


Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

requisito da bilateralidade entre os referidos ilícitos, assentando, assim, a sua autonomia e unilateralidade.

Uma questão recorrente que surge no debate desse tema é se a corrupção passiva exige ou não, para a sua caracterização, a prática de um ato de ofício pelo funcionário público, como contraprestação da vantagem indevida, solicitada ou recebida.

A doutrina mais abalizada, contudo, ressalta que é preciso que o agente pratique, retarde ou omita um ato de ofício relacionado com a vantagem indevida. Nesse sentido, Heleno Cláudio Fragoso assenta que o crime de corrupção passiva "*está na perspectiva de um ato de ofício, que à acusação cabe apontar na denúncia e demonstrar no curso do processo*", sendo fundamental que o agente tenha a consciência de que recebe a vantagem por tal motivo.

Magalhães Noronha, na mesma linha, constata que deve "*haver relação entre o ato executado ou a executar e a coisa ou utilidade*" prometida ou entregue em razão da função pública, complementando que "*não há corrupção passiva se o ato não é da atribuição do funcionário*".

Destaco, ainda, a pertinente observação de Júlio Mirabete no sentido de que "*a falta de menção expressa ao 'ato de ofício' no caput do artigo 317, do Código Penal, que a ele só se refere nos parágrafos 1º e 2º, não exclui a imprescindibilidade da relação entre a conduta do agente e o ato funcional*".

Damásio De Jesus, por sua vez, anota que "*deve haver um nexo de causalidade entre a conduta do funcionário e a realização do ato funcional*". E Paulo José da Costa, na mesma senda, ressalta ser "*indispensável, (...) que a vantagem venha a ser solicitada, recebida ou aceita em troca de um ato funcional*".

Desse modo, no delito de corrupção passiva, o que se pune, como bem pontuou Celso Delmanto, "é o tráfico da função pública". E arremata: "*a solicitação, recebimento ou aceitação deve ser para a prática ou omissão de ato inerente à sua função*".

Ao analisar outros sistemas penais, sob uma perspectiva do Direito Comparado, constatei que a grande maioria dos países europeus exige a

CÓPIA - STFAP470 - CPF 58426351149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

prática de um ato de ofício para caracterizar esse tipo delituoso. Segundo estudo do Centro Francês de Direito Comparado, divulgado em sua famosa publicação Les Codes Pénaux Européens, diplomas de países como a Itália (art. 318), Alemanha (§ 331), Áustria (§ 104), Bélgica (art. 104), Espanha (arts. 385 e 386), Finlândia (XL, § 1º), França (art. 177), Grécia (art. 235), Mônaco (art. 141), Noruega (art. 112), Holanda (art. 362), Portugal (art. 318), Romênia (art. 254), Suécia (XX, art. 2º), Suíça (art. 315) e Turquia (art. 211) exigem uma ação ou omissão do funcionário público como contraprestação da vantagem indevida.

E foi exatamente no modelo suíço que se inspirou o legislador brasileiro, como ensina Nelson Hungria, cuja presença foi marcante na Comissão Revisora do Código Penal de 1940. Para esse grande penalista, a origem histórica do tipo reside no art. 315 do Código Penal suíço.

Assim, o certo é que o Código Penal brasileiro impõe uma relação de causa e efeito entre a função pública e o ato de corrupção a ser praticado, ainda que na modalidade omissiva. De outro lado, como observou o Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da Ação Penal 307/DF,

> "(...) o legislador brasileiro do Código de 40, ainda que não conhecesse uma só lei penal estrangeira, certamente não ignoraria os próprios antecedentes legislativos do Brasil. E aqui, afora o Título LXXI do temível Livro V das Ordenações Filipinas – onde a caracterização da peita se contentava com o recebimento de quaisquer dádivas ou presentes, que não fosse o recebimento, de parentes e amigos íntimos, de 'pão, vinho, carne, frutas, e outras cousas de comer, que entre os parentes e amigos se costumam dar' – afora as ordenações, repito, as leis penais brasileiras que vigeram antes do Código de 40, todas elas, seguiram a trilha da quase unanimidade das legislações penais estrangeiras. Sempre o objeto da corrupção era a prática ou omissão de ato de ofício" (Rel. Min. Ilmar Galvão).

COPIA - SIFAP470 - CPF 38432535149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Nesse julgamento paradigmático, o Plenário desta Suprema Corte assentou a imprescindibilidade de se apontar "*o ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo*" exercido para configurar-se o crime de corrupção passiva.

Importa destacar, por relevante, o seguinte trecho do voto lapidar proferido pelo nosso decano, o Ministro Celso de Mello, naquele julgamento histórico:

> "Torna-se imprescindível reconhecer, portanto, para o específico efeito da configuração jurídica do delito de corrupção passiva tipificado no art. 317, caput, do Código Penal, a necessária existência de uma relação entre o fato imputado ao servidor público e um determinado ato de ofício pertencente à esfera de atribuições do intraneus.
>
> (...)
>
> Sem a necessária referência ou vinculação do comportamento material do servidor público a um ato de ofício – ato este que deve obrigatoriamente incluir-se no complexo de suas atribuições funcionais –, revela-se inviável qualquer cogitação jurídica em torno da caraterização típica do crime de corrupção passiva definido no caput do art. 317 do Código Penal.
>
> (...)
>
> Revela-se essencial, portanto, no caso em exame, sob pena de absoluta descaracterização típica da conduta imputada aos réus, a precisa identificação de um ato de ofício incluível na esfera das atribuições do Presidente da República e por este, direta ou indiretamente, prometido ou oferecido como resposta à indevida vantagem solicitada, recebida ou esperada" (grifos no original).

Fixadas essas premissas doutrinárias e jurisprudenciais, passo a examinar se o réu praticou ou não o crime de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal, que tipifica como delito o ato de "*solicitar ou receber, para*

CÓPIA - STF AP 470 - CPF 58482351491 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

*si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem*" (grifei).

Segundo consta da denúncia, o corréu "*Marcos Valério, em nome de Ramon Hollerbach, Cristiano Paz e Rogério Tolentino, ofereceu vantagem indevida (50 mil reais) a João Paulo Cunha, tendo em vista sua condição de Presidente da Câmara dos Deputados, com a finalidade de receber tratamento privilegiado no procedimento licitatório em curso naquela Casa Legislativa para contratação de agência de publicidade*" (fl. 5.660 – grifei e sublinhei).

Destarte, para condenar-se JOÃO PAULO CUNHA pelo crime de corrupção passiva é preciso saber se o réu valeu-se ou não do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados com a finalidade de dar à SMP&B "*tratamento privilegiado no procedimento licitatório*", que estava em curso naquela Casa de Leis, em troca da vantagem indevida de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), como assenta a denúncia.

Ao ser questionado sobre esse ponto da acusação, JOÃO PAULO CUNHA, em seu interrogatório judicial, respondeu o seguinte:

> "QUE a afirmação da denúncia que 'recebeu cinquenta mil reais de Marcos Valério para ter tratamento privilegiado no procedimento licitatório' não é verdadeira; QUE não teve nenhuma interferência no processo licitatório mencionado; QUE não sabe como se defender da afirmação de ter dado 'tratamento privilegiado' à empresa SMP&B, pois não consta da denúncia qual o privilégio ocorrido.(...) QUE, como Presidente da Câmara, não era o ordenador de despesas; QUE cada diretoria tinha o seu ordenador; QUE a escolha dos membros da Comissão Especial de licitação era feita pela Diretoria Geral da Câmara; QUE não escolheu nenhum membro pessoalmente e que tem membros da Comissão que não conhece até hoje; QUE na licitação, não foi preterida nenhuma regra" (fl. 14.335 – grifei e sublinhei).

CÓPIA - STFAP 470 CPF 84323914915 - 21/12/2012 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Todavia, para que se forme um juízo adequado sobre o procedimento de licitação destinado à contratação de empresa publicitária, é preciso saber como se desenvolveu o certame licitatório correspondente.

De início, verifico que a licitação foi solicitada, em 7 de maio de 2003, pelo então Secretário de Comunicação Social da Câmara dos Deputados, Márcio Marques de Araújo, que pediu ao Diretor-Geral daquela Casa:

> "as necessárias providências no sentido de encaminhar a abertura de procedimento licitatório com o objetivo de permitir a contratação de agência de publicidade para planejamento, criação e execução de atividades e serviços de divulgação da imagem institucional da Câmara dos Deputados, com a elaboração de campanhas de comunicação interna e externa" (fl. 423 do apenso 84 - doc. 1).

Na sequência, após regular trâmite administrativo e o pronunciamento favorável da Diretoria-Geral (fl. 328 do apenso 84), a licitação teve sua abertura autorizada, à época, pelo Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Geddel Vieira Lima, conforme comprova o despacho de 14 de julho de 2003, encartado à fl. 432 do apenso 84 dos autos. Nesse documento, o citado parlamentar solicitou ao então Diretor-Geral daquela Casa, Sérgio Sampaio Contreiras de Almeida, que adotasse todas as providências necessárias para o desencadeamento do certame (doc. 2).

Depois, por meio da Portaria 15, de 8/8/2003, editada por JOÃO PAULO CUNHA, no exercício da Presidência da Câmara, criou-se uma Comissão especial, como exigem o art. 64, caput e § 1º, do Regulamento dos Procedimentos Licitatórios da Câmara dos Deputados, aprovado pelo Ato da Mesa nº 80 de 2001 e o art. 10, § 1º, do Decreto 4.799/2003, para o fim de "*elaborar edital, processar e julgar licitação destinada à contratação de agência de publicidade para planejamento, criação e execução de atividades e serviços de divulgação da imagem institucional da Câmara dos Deputados*" (fl. 574 do apenso 84 - docs. 3 e 4).

CÓPIA - SIFEAP470 - CPF 84823514049 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Como se vê, a criação de uma Comissão Especial de licitação para contratação de agência de propaganda é uma exigência legal. O Presidente da Câmara, no caso, portanto, apenas cumpriu o seu indeclinável dever de criar a referida comissão para tais fins específicos. Não se tratou, pois, de nenhum "*tratamento privilegiado*" a quem quer que seja, mas simplesmente do estrito cumprimento de uma imposição legislativa. Por essa razão é que nem mesmo o Ministério Público apontou a referida Portaria como sendo o ato de ofício objeto dos crimes imputados ao réu.

É preciso que fique bem claro para o egrégio Plenário que o réu JOÃO PAULO CUNHA foi acusado do crime de corrupção passiva por ter dado suposto "*tratamento privilegiado*" à SMP&B no curso do processo de licitação e não durante a execução do contrato. Para os atos praticados ao longo do cumprimento do contrato, o MP imputou-lhe crime de peculato. Desse modo, o réu não se defendeu da prática de supostos atos de ofício na execução do contrato, pois isso, repito, não lhe foi imputado a título de corrupção passiva.

A referida comissão foi composta por 5 (cinco) especialistas, todos servidores efetivos da Câmara dos Deputados: Ronaldo Gomes de Souza (Presidente da Comissão Especial), Marcos Magno (consultor legislativo especialista em propaganda), Rubens Foizer Filho (assessor jurídico do Diretor-Geral), Flávio Elias Ferreira Pinto (especialista em publicidade da Secretaria de Comunicação) e Márcio Marques de Araújo (diretor do órgão técnico, responsável pela gestão do contrato).

Pela citada Portaria, os membros da comissão gozavam de plena autonomia para emitir avaliação técnica e julgar as propostas encaminhadas pelas 7 (sete) empresas que disputaram a licitação, a saber: (i) DPTO Propaganda e Marketing; (ii) ARTPLAN Comunicação; (iii) LODUCCA Publicidade; (iv) LOWE Ltda; (v) MATISSE Comunicação; (vi) GIACOMETTI Comunicação; e (vii) SMP&B Publicidade.

CÓPIA - SIFAE 470 - CPF 84820351491 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Esta última, ao final do procedimento, sagrou-se vencedora do certame e assinou o contrato 204/2003, homologado pelo Diretor-Geral, sem nenhum recurso ou questionamento por parte das outras 6 (seis) agências concorrentes.

Impressionam os depoimentos dos dirigentes das agências que concorreram com a SMP&B na licitação, todos colhidos na instrução criminal contraditória, os quais revelam a higidez do certame e a inexistência de qualquer favorecimento para a agência vencedora.

O Presidente do grupo OGILVY no Brasil, publicitário Antônio Sérgio Amado Simões, ao ser indagado se em 2003 a sua empresa (LOWE Ltda.) participou de licitação na Câmara dos Deputados para contratação de agência de publicidade e propaganda, respondeu: "*Sim (...) participei e perdi essa concorrência*". Ao ser perguntado se a sua agência recorreu do resultado do processo licitatório, respondeu: "*claro que não*". Na sequência negou haver qualquer tipo de influência ou acordo na licitação e disparou: "*gosto de ganhar todas as concorrências que eu entro*" (fl. 29.791, vol. 136).

O publicitário Hiran Amazonas Castello Branco, sócio-diretor da GIACOMETTI Comunicação, negou em juízo a existência de acordos, combinações ou influências no processo licitatório em que concorreu e perdeu para a SMP&B (fl. 29.795, vol. 136).

Paulo de Tarso de Cunha Santos, publicitário diretor da MATISSE Comunicação e Marketing, por sua vez, também confirmou participação no certame vencido pela SMP&B. À semelhança dos demais concorrentes, não interpôs nenhum tipo de recurso contra o resultado proclamado pela comissão de licitação (fl. 42.714, vol. 200).

A prova judicial produzida nesta ação penal, sob o crivo do contraditório, revelou, também, a plena autonomia de todos os integrantes da comissão.

Marcos Nardon, um dos integrantes da comissão, ao testemunhar em juízo, negou a interferência de JOÃO PAULO CUNHA nos trabalhos do

CÓPIA - SIFEAP470 - CPF 18482635140 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

grupo e afirmou que "*a comissão de licitação trabalhou todo o tempo com inteira autonomia*" (fls. 42.347-42.351 – grifei).

Flávio Elias Ferreira Pinto, especialista em publicidade da Secretaria de Comunicação e membro da comissão da Câmara, afirmou, diante do magistrado, que jamais recebeu qualquer orientação, pedido ou influência do então Presidente da Casa (fls. 42.213-42.216).

Outra testemunha que integrou a comissão, Rubens Foizer Filho, negou veementemente qualquer interferência do Presidente da Câmara no certame e afastou, com igual ênfase, a possibilidade de favorecimento da SMP&B (fl. 42.457, vol. 199).

A testemunha Márcio Marques de Araújo, que afirmou ter sido indicado pelo Diretor-Geral para compor a comissão (fl. 42.283), de seu turno, ao ser indagado se "*em alguma oportunidade, durante os trabalhos da comissão de licitação, foi procurado pelo deputado João Paulo Cunha, por alguém a mando dele para que, enfim, fizesse qualquer intervenção em favor deste ou daquele concorrente*", respondeu: "*não, nada semelhante a isso*" (fl. 42.285).

Impressiona, ainda, o depoimento do Presidente da Comissão de Licitação, Ronaldo Gomes de Souza que, ao ser questionado se "*atendeu a algum tipo de pedido, orientação, influência, contato do presidente da Câmara dos Deputados, João Paulo Cunha*", repeliu enfaticamente tal insinuação, implícita na pergunta, nos seguintes termos: "*desculpe-me, jamais alguém teria coragem de me fazer um pedido desse*". (fls. 42.416-42.417 – grifei).

Bem examinados tais depoimentos, forçoso é concluir, a meu ver, data venia, que o Ministério Público não logrou produzir uma prova sequer, nem mesmo um mero indício, de que JOÃO PAULO CUNHA tenha interferido nos trabalhos da comissão ou influenciado os seus membros para favorecer ou "*dar tratamento privilegiado*" a SMP&B.

Ao contrário, todas as provas, colhidas sob o crivo do contraditório, evidenciam a total autonomia dos membros da comissão e, principalmente, a higidez de todo procedimento licitatório, conforme

CÓPIA - SIFAR 430 - CPF 384.293.518-15 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

decidiu o Tribunal de Contas da União, nos autos do Processo TC-012.040/2005, de relatoria anterior do Ministro Benjamin Zymler, atual Presidente daquela Corte, em seguida redistribuído ao Ministro Raimundo Carreiro, que relatou o acórdão (doc. 5).

Esclareço, por oportuno, que o Relatório de Auditoria da Secretária de Controle Interno da Câmara dos Deputados de fls. 10.702-10.703, que apontou para a existência de algumas irregularidades administrativas decorrentes do contrato entre a Câmara dos Deputados e a SMP&B, não passou despercebido no supracitado julgamento do Tribunal de Contas. Ao revés, a Corte teve o cuidado de rejeitá-lo, expressamente, registrando os seguintes fatos em seu acórdão:

> "(...) que existe naquele órgão investigado em curso, cujo objeto são as supostas irregularidades denunciadas pelo então Secretário de Controle Interno daquela Casa, a partir de auditoria realizada no Contrato nº 2003/204.0;
>
> 21.2. que a auditoria está maculada por vícios que nulificam todo o procedimento de controle, tanto pela investidura ilegal do referido Secretário quanto pela inimizade notória que este servidor nutria em relação ao então Diretor da Secretaria de Comunicação Social - SECOM e ao próprio Diretor-Geral" (fl. 40.350, vol. 188).

Outro ponto que merece registro, ainda para afastar as irregularidades apontadas pela acusação, é que o Edital de Concorrência previa, em seu item 3, que as empresas licitantes entregassem três envelopes, um com "*documentos*", outro com uma "*proposta técnica*" e um terceiro com uma "*proposta de preço*", para exame da Casa, quanto às modalidades de subcontratações. Isso significa que as subcontratações não eram feitas com base no critério subjetivo de "*melhor técnica*", mas sim com base em requisitos aferíveis objetivamente (fls. 433-437 do apenso 84).

No caso sob exame, o Ministério Público não apontou, nem sequer minimamente, o ato de ofício contrário à lei praticado pelo réu. Apenas

CÓPIA - SIFAP470 - CPF 84326351420 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

lançou a tese abstrata de que JOÃO PAULO CUNHA teria dado "*tratamento privilegiado*" à agência SMP&B na licitação em comento.

Como bem assentou o Ministro Celso de Mello, ao examinar hipótese semelhante, é essencial "*sob pena de absoluta descaracterização típica da conduta imputada aos réus, a precisa identificação de um ato de ofício incluível na esfera de atribuições do Presidente*" (AP 307/DF - grifos no original).

Ressalto que não há na denúncia, e muito menos nas alegações finais, nenhuma descrição precisa e nem mesmo aproximada do alegado "*tratamento privilegiado*" que o réu haveria conferido à SMP&B durante o referido certame, em troca da vantagem supostamente recebida para esse propósito ilícito.

Viu-se, pois, que o Parquet não logrou identificar o pretenso ato de ofício praticado pelo réu, como também não conseguiu apontar concretamente nenhuma conduta dele para favorecer ou "*dar tratamento privilegiado*" à SMP&B na licitação. Embora tal constatação seja, por si só, suficiente para invalidar a denúncia por corrupção passiva, remanesce, ainda, em aberto uma questão fundamental nestes autos, a saber: qual seria o real motivo ou, em outras palavras, a que título JOÃO PAULO CUNHA recebeu a incontroversa quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Para tentar responder a essa questão, o Ministério Público destacou na exordial acusatória que o corréu MARCOS VALÉRIO "*apresentou uma relação de valores que teriam sido repassados diretamente a parlamentares e a outras pessoas físicas e jurídicas indicadas por DELÚBIO SOARES*" e citou o nome do Deputado JOÃO PAULO CUNHA (fl. 5.619 – grifei).

Quer dizer, nesse trecho da denúncia afirma-se que MARCOS VALÉRIO teria repassado o dinheiro em tela a JOÃO PAULO CUNHA por orientação de DELÚBIO SOARES, ou seja, que o numerário chegou ao réu a pedido do responsável pelas finanças do Partido dos Trabalhadores.

O réu explicou esse fato, em juízo, dizendo que

CÓPIA - SIFAP470 - CPF 58432635149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

"(...) solicitou para o Tesoureiro do PT, Sr. Delúbio Soares, recursos para fazer quatro pesquisas na região de Osasco – São Paulo; que solicitou cinquenta mil reais; que o Sr. Delúbio Soares disse ao réu que estava disponível na agência do Banco Rural em Brasília os cinquenta mil reais; que não cogitaram de qualquer transferência do valor, pois Delúbio Soares disse que o dinheiro estava disponível e [perguntou] quem iria buscá-lo; que não solicitou para transferir para sua conta porque os cinquenta mil pertenciam ao PT; que solicitou sua esposa para ir buscar os cinquenta mil, pois estava muito ocupado e isso ocorreu em setembro de 2003; que os valores recebidos passou para um funcionário que trabalhava com o réu de nome Gelso Aparecido, que fez os pagamentos em espécie; que as pesquisas foram realizadas em Osasco, Carapicuíba e Jandira; que a pesquisa foi realizada pelo Instituto DATAVALE; que dispõe dos recibos que comprovam o pagamento realizado" (fl. 14.335 – grifei).

Na mesma assentada, ao ser inquirido pelo Ministério Público, JOÃO PAULO CUNHA informou o seguinte:

"QUE em 2004 teve pouquíssimos contatos com Marcos Valério; QUE a única vez que o PT repassou valores ao réu foi os R$ 50.000,00 mencionados; QUE não ocorreu em nenhuma outra ocasião; QUE sua esposa só recebeu dinheiro para o réu nessa ocasião; QUE disse para sua esposa que os R$ 50.000,00 estavam sendo enviados pelo PT; QUE o Sr. Gelson era funcionário comissionado de um órgão do Governo de São Paulo e que era filiado ao PT; QUE os três municípios mencionados e que foram motivo de pesquisa fazem parte da base eleitoral do réu;

QUE quer acrescentar que os municípios onde ocorreram as pesquisas eram quatro, também o Município de Cotia" (fl. 14.338 – grifei).

COPIA STFAP 470 - CPF 18482335149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Durante o interrogatório judicial do corréu DELÚBIO SOARES, foram colhidas algumas informações a respeito da participação de JOÃO PAULO CUNHA nesse episódio. Confira-se:

> "O Deputado João Paulo me procurou no início de 2004, acho, fiz umas pesquisas na região de Osasco, Osasco e Região de Osasco, tenho dificuldade de falar o nome, cidade Carapicuíba e outras cidades. Ele me pediu um dinheiro, pediu para que pudesse fazer, estava dentro da linha, linha de expansão, tínhamos interesse em ganhar a eleição em Osasco. Deputado João Paulo pediu para fazer umas pesquisas em Osasco e na região, essas duas cidades eu lembro de ter falado, estava na linha de nossa orientação política de crescimento, tanto é que nós viemos a ganhar eleição em Osasco depois, tínhamos perdido a outra por... menos de 8 mil votos, eleição numa cidade grande, tinha interesse, e pedi ao Marcos Valério que efetivasse esse recurso. (...) Tanto é que nós tínhamos interesse na prefeitura de Osasco, ano 2000, perdemos em Osasco, por oito mil [votos]. Em 2004, tínhamos intenção de ganhar.
>
> JUÍZA: (...) Pode fazer uma resposta mais curta. Não precisa justificar. Mais objetivo.
>
> DEPOENTE: Em 2004, final de 2003, 2004, não lembro a data, fui procurado pelo João Paulo, queria fazer a pesquisa na região de Osasco. Nós tínhamos interesse que era uma cidade prioritária do PT, então, autorizei o Marcos Valério a repassar 50 mil reais para o Deputado João Paulo para fazer as pesquisas" (fl. 16.628 – grifei).

Outro testemunho, o de Nelson Roberto de Oliveira Guimarães, proprietário do Instituto DATAVALE, confirma os referidos fatos:

> "Possui um Instituto de Pesquisas de opinião pública e mercado denominado Datavale Pesquisas e Comunicações e Sistemas S/C LTDA.; a respeito do episódio a que se convencionou chamar 'Mensalão', diz que tomou conhecimento pela imprensa e pelo

COPIA - SIFEAP470 - CPF 84326351549 - 02/12/2013 18:11:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

questionamento gerado em virtude do Deputado João Paulo Cunha que contratara o Instituto do depoente; o Instituto do depoente realizou pesquisas de opinião pública, contratadas pelo Partido dos Trabalhadores, nos Municípios de Carapicuíba, Jandira, Osasco e Cotia. Sobre o trabalho realizado nas mencionadas cidades por seu Instituto de pesquisa, a testemunha, embora não se lembre do questionário usado em cada cidade, em linhas gerais se recorda de a que pesquisa tinha por objeto aferir a viabilidade dos précandidatos, a situação de preferência partidária, os problemas de cada cidade, basicamente ver a situação eleitoral da região pesquisada naquele momento. (...). Essa metodologia de trabalho narrada pela testemunha foi aplicada em Osasco, bem como nas demais cidades retro mencionadas. Dependendo da extensão do trabalho, em regra participam dos trabalhos de pesquisa cerca de vinte e duas a vinte e quatro pessoas, incluindo coletores de dados, digitadores, codificadores fora as pessoas responsáveis pela análise. Quem contratou os trabalhos do Instituto do depoente foi Gelson Lima. Gelson Lima foi quem deu as diretrizes do trabalho a ser realizado pelo Instituto da testemunha. Gelson trabalhava no escritório do Deputado João Paulo. Pelo trabalho realizado pelo Instituto do depoente, nas quatro cidades mencionadas, foi cobrado à época R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Foram emitidos recibos em relação ao contrato narrado. Sobre os critérios empregados para a fixação dos honorários da pesquisa, respondeu que via de regra tal valor é estipulado de acordo com a complexidade do trabalho, sendo avaliada a extensão do questionário (número de perguntas), a dificuldade de locomoção, a distância, a exigência de apresentação de relatório e explicação dos dados. Quem efetuou o pagamento ao depoente pelos trabalhos de pesquisa acima narrados foi Gelson Lima. Tal pagamento foi feito de forma parcelada salvo engano do

COPIA - SIFEAP470 - CPF 18826351453 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

depoente em duas ou três vezes, sendo que o referido pagamento teria ocorrido entre setembro e dezembro de 2003. Sobre os trabalhos de pesquisas políticas, o Instituto do depoente já prestou trabalhos para outros partidos políticos e também para o Partido dos Trabalhadores em outras cidades diversas daquelas já mencionadas. Recorda-se a testemunha que seu Instituto já prestou serviços para o PSDB de Guaratinguetá/SP. A pesquisa referida pela testemunha, contratada por Gelson e realizada nos quatro municípios acima mencionados, foi feita fora do período eleitoral e, dessa maneira, não foi registrada no TRE. O único contato que o depoente teve com o Deputado João Paulo foi na ocasião da apresentação do relatório para dirigentes do PT daquelas cidades, inclusive o próprio Deputado João Paulo" (fls. 30.161- 30.162, vol. 138, grifei e sublinhei).

Na mesma assentada, quando perguntado pelo Ministério Público sobre a forma de pagamento, a citada testemunha respondeu o seguinte:

"Sobre os pagamentos realizados por Gelson em contraprestação ao trabalho realizado pelo Instituto do depoente, informa que o pagamento foi realizado em dinheiro, no escritório onde Gelson trabalhava, no Município de Osasco. É comum no aludido ramo de negócio a ocorrência de pagamentos em dinheiro, realizados por Partidos Políticos, para remuneração dos trabalhos de pesquisas. Sobre o destino do dinheiro recebido de Gelson, o depoente não se recorda se efetuou o pagamento a fornecedores ou prestadores de serviço, mas afirma com certeza que não foi depositada em sua conta pessoal" (fl. 30.162 – grifei).

Na mesma linha, a testemunha Irineu Casemiro Pereira asseverou, em seu depoimento, o quanto segue:

"DEFENSORA: Em 2003 qual que era sua atividade?

TESTEMUNHA: Minha atividade era assessor parlamentar do então deputado Emídio de Souza, né, deputado estadual e atual prefeito de

COPIA - SIFAR 470 - CPF 18482535149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Osasco e coordenava o PT na região de Osasco. É uma função política mas sem remuneração, o trabalho que eu faço na... como coordenador.

DEFENSORA: E o senhor pessoalmente procurou o deputado João Paulo Cunha para que ele conseguisse a disponibilização de recursos para essas pesquisas eleitorais?

TESTEMUNHA: Exatamente, o João Paulo Cunha, como era liderança da região que tinha mais acesso, era quem a gente procurava, né? Então, nós procuramos, levamos a demanda para ele, e ele ficou de reunir com a direção, com a Executiva Nacional do PT para levar a demanda, isso nós procuramos.

DEFENSORA: E ele conseguiu esse recurso?

TESTEMUNHA: Isso, aí levou a demanda para a Executiva Nacional e, que era dos 19 municípios e passados aí 3, 4 meses nós voltamos a se reunir ele falou que tinha conseguido a autorização do diretório nacional para fazer apenas quatro municípios, que 19 municípios era impossível diante do alto valor de uma pesquisa qualitativa, né, para medir esse grau de popularidade dos nossos candidatos.

DEFENSORA: O senhor sabe dizer quanto custa uma pesquisa dessa?

TESTEMUNHA: Não, não tenho nem idéia, eu sei que é cara.

MPF: Em 2003, 2004 o senhor já fazia parte da macrorregião de Osasco?

TESTEMUNHA: Faço parte da macrorregião desde 2001.

MPF: Certo. Quem é que organizou a pré-campanha do PT em Osasco para a Prefeitura de 2004?

TESTEMUNHA: De Osasco? Além do Gelson, do próprio Emídio, que era o nosso candidato, a nossa direção do município, Antônio dos Santos, Gelson, o próprio João Paulo, você está falando de Osasco, né?

COPIA - SIFAP470 CPF 84326351420 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

MPF: Isso, de Osasco.

MPF: Certo. E quem custeou a campanha em si?

TESTEMUNHA: A pesquisa quem custeou foi o diretório nacional, as 4 cidades que nós definimos faziam as pesquisas.

MPF: Então quem fez o programa de propaganda da précampanha?

TESTEMUNHA: Quem cuidou da organização da campanha, uma das pessoas que eu falei e o Gelson, que é a direção do partido que na época era assessor do João Paulo" (fls. 29.890-29.896 – grifei).

Importante, também, nessa linha, é o depoimento da testemunha Gelson Lima, peça-chave na contratação do mencionado instituto de pesquisa:

"DEFENSORA: Teve alguma solicitação de recursos para pesquisas pré-eleitorais?

TESTEMUNHA: A solicitação dos candidatos e dos diretórios não era de recursos e sim da realização da pesquisa que nós a encaminhássemos.

DEFENSORA: vocês foram procurar isso com o deputado João Paulo Cunha?

TESTEMUNHA: Não, eu enquanto assessor parlamentar, a gente levava essa informação para o deputado que havia uma solicitação de pesquisas e ele que tinha que contabilizar.

DEFENSORA: Por meio de quem?

TESTEMUNHA: Diretório nacional.

DEFENSORA: Chegou a contratar algum instituto para fazer essa pesquisa?

TESTEMUNHA: Contratamos.

JUIZ: Qual?

TESTEMUNHA: Data Vale.

DEFENSORA: Teve algum motivo especial, porque contrataram a Data vale.

COPIA - SIFAP 420 CPF 58432635149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

TESTEMUNHA: Nós já conhecíamos de outras épocas, já tinham feito e o custo também era mais barato.

DEFENSORA: É uma empresa renomada, conhecida no mercado?

TESTEMUNHA: Conhecida no mercado e com margem de acerto importante.

DEFENSORA: O senhor se recorda quando foram realizadas essas pesquisas?

TESTEMUNHA: Não sei precisar as datas mas eu sei que foi no segundo semestre de 2003, quando começou o período pré-eleitoral.

DEFENSORA: E o que exatamente essa pesquisa busca apurar?

TESTEMUNHA: Busca apurar se aqueles candidatos daquela cidade tinham chance de vitória.

DEFENSORA: Foi feito o pagamento por essas pesquisas?

TESTEMUNHA: Foram.

DEFENSORA: Se recorda quanto custou?

TESTEMUNHA: As pesquisas custaram 50 mil reais, acho que 51 precisamente.

DEFENSORA: Foi emitido recibo do pagamento?

TESTEMUNHA: Foi.

DEFENSORA: As pesquisas foram úteis, na época?

TESTEMUNHA: Foram úteis.

DEFENSORA: Se recorda que candidatos que saíram eleitos, saíram candidatos em razão da pesquisa.

TESTEMUNHA: Fizemos 4 cidades, Jandira nós ganhamos, em Osasco nós ganhamos a eleição de 2004, e Carapicuíba e Cotia nós perdemos.

DEFENSORA: Esses recursos para pagar a pesquisa foram disponibilizados pelo deputado Joao Paulo Cunha?

TESTEMUNHA: Pelo deputado João Paulo Cunha". (fls. 29.898-29.899, vol. 136 - grifei).

COPIA SIGILOSA - CPF 08826351409 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Desse modo, após detalhado exame das provas documentais e testemunhais produzidas na instrução processual, não resta dúvida, a meu ver, de que repasse dos R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) foi autorizado e providenciado pelo então Secretário Nacional de Finanças do PT, DELÚBIO SOARES, e pagos com a intermediação de MARCOS VALÉRIO, com a finalidade de custear pesquisas eleitorais realizadas em 4 (quatro) Municípios da região de Osasco, na Grande São Paulo.

A verdade processual que exsurge dos autos, pois, é que JOÃO PAULO CUNHA recebeu o numerário para custear pesquisas de précampanhas eleitorais de interesse de seu partido. Aliás, o próprio Ministério Público na denúncia afirma que o dinheiro foi colocado à disposição do réu por DELÚBIO SOARES.

Diante dessas provas robustas, porque produzidas sob o crivo do contraditório, concluo que não ficou comprovada a prática de nenhum ato de JOÃO PAULO CUNHA para "*dar tratamento privilegiado*" à SMP&B no procedimento de licitação sob exame, o qual, ademais, foi considerado hígido pelo TCU.

De outro lado, penso que ficou bem demonstrado que o réu solicitou os R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) diretamente ao Partido, autorizados e providenciados pelo tesoureiro da agremiação, DELÚBIO SOARES, para pagar uma pesquisa eleitoral efetivamente realizada. Ou seja, o dinheiro não foi recebido por JOÃO PAULO CUNHA para, de qualquer modo, interferir na licitação, da qual foi vencedora a SMP&B. Não ficou caracterizada, portanto, a prática do crime de corrupção passiva.

Acrescento, ainda, nesse ponto, que as reuniões do réu com MARCOS VALÉRIO, bem assim a caneta importada com que presenteou JOÃO PAULO CUNHA ou as passagens aéreas que ofertou à secretária deste, Silvana Japiassú, a meu ver, não têm o condão de comprovar a prática do crime de corrupção passiva, pela ausência, como visto, do imprescindível ato de ofício, de resto não identificado pela acusação.

CÓPIA - SIFEAP 470 CPF 84820351491 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Permito-me assinalar, ainda, que, se a licitação tivesse sido de alguma forma fraudada – o que não se comprovou, conforme procurarei demonstrar adiante -, o MP não logrou evidenciar o liame entre o ato de ofício exigido do réu e o dinheiro que lhe foi repassado pelo seu Partido, por interposta pessoa, para fins exclusivamente eleitorais.

Portanto, além de o Parquet não ter identificado o ato funcional intrínseco ao crime em questão, não logrou provar aquilo que o Ministro Celso de Mello chamou de "*necessária existência de uma relação entre o fato imputado ao servidor público e um determinado ato de ofício*". Pelo contrário, ficou largamente evidenciado que o recurso foi solicitado originalmente ao Partido para a incontroversa realização de pesquisa eleitoral e não para, supostamente, "*dar tratamento privilegiado*" à SMP&B no procedimento licitatório.

Forte nessas razões, ou seja, sem a necessária identificação do ato de ofício, nem a imprescindível prova da relação entre a conduta do agente e o ato funcional desejado pelo corruptor, **voto pela ABSOLVIÇÃO de JOÃO PAULO CUNHA da imputação de haver incorrido nas penas do art. 317 do CP**, com fundamento no art. 386, VII, do CPP, mantidos, por consequência, os seus direitos políticos." (fls. 52.565/52.585).

Na mesma linha, o voto do em. Min. DIAS TOFFOLI:

"A respeito do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), narra o Ministério Público Federal, em suas alegações finais, que o réu teria recebido a quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) "*para beneficiar a empresa SMP&B Comunicação, de que eram sócios MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH e CRISTIANO PAZ*", os quais respondem pela prática do crime de corrupção ativa (fl. 111 das alegações finais do MP).

Aduz, para tanto, que:

CÓPIA - STFAP 470 - CPF 84326351149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

"(...)

238. A aproximação entre João Paulo Cunha e Marcos Valério aconteceu no final do primeiro turno das eleições de 2003, tendo sido apresentados pelo Deputado Federal Virgílio Guimarães, atendendo a pedido de Marcos Valério. Na época, João Paulo Cunha era líder do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados.

239. Desde então passaram a manter intensos contatos que continuaram no decorrer dos anos de 2003 e 2004. Conforme declarou o próprio João Paulo Cunha (fls. 187/1877)

> '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 companha do declarante iniciou-se em dezembro/2002, terminando em 15/fevereiro/2003, data em que ocorreu a eleição para a presidência da Câmara; QUE durante a campanha foram confeccionados diversos materiais de propaganda política pela empresa DNA PROPAGANDA; 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 na cidade de São Paulo/SP, onde se encontrava presente o Sr. LUIS COSTA PINTO e foram tratados assuntos referentes às campanhas eleitorais municipais do ano de 2004; (...) QUE não sabe precisar o número de encontros entre o declarante e o Sr. MARCOS VALÉRIO no ano de 2004,

COPIA - SIFAD 470 - CPF 184.826.351-49 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

contudo ressalta que foram em menor número que aqueles ocorridos no ano de 2003'.

240. A ligação tornou-se tão estreita que Marcos Valério, em abril de 2003, presenteou Silvana Paz Japiassú, secretária e pessoa de confiança de João Paulo Cunha desde 1999, e sua filha, com passagens aéreas de ida e volta para o Rio de Janeiro, além da hospedagem em hotel naquela cidade.

241. Em seu interrogatório, inquirido sobre o ponto, Marcos Valério afirmou (fls. 16.363):

'diz que Silvana Japiassú, secretária de João Paulo Cunha, era amiga pessoal do interrogando e, por esta razão, pagou à mesma e à sua filha uma viagem para o Rio de Janeiro/RJ, utilizando-se de um crédito que tinha em uma agência de turismo, da qual não recorda o nome'.

242. O presente foi confirmado por Silvana Paz Japiassú às fls. 6.009/6.010:

'QUE conheceu MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, por telefone, na época da campanha para Presidência da Câmara dos Deputados; QUE conheceu MARCOS VALÉRIO pessoalmente no gabinete da presidência da Câmara dos Deputados, após fevereiro de 2003, não sabendo precisar a data; QUE após essa oportunidade encontrou-se algumas vezes com MARCOS VALÉRIO nas ocasiões em que este visitava a Câmara dos Deputados; QUE os poucos encontros que manteve com MARCOS VALÉRIO ocorreram no ano de 2003; QUE recebeu de MARCOS VALÉRIO, como presente de seu aniversário e de sua filha, duas passagens aéreas no trecho Brasília/Rio de Janeiro/Brasília e hospedagem em hotel que não se recorda; QUE apesar de não manter qualquer relacionamento de amizade com MARCOS VALÉRIO, foi

COPIA - SIFAR470 - CPF 84820351491 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

> surpreendida com este presente após ter comentado com o publicitário, em uma visita deste ao Congresso, que estava procurando uma opção de passeio para comemorar seu aniversário e de sua filha; QUE, inclusive, tentou devolver o presente, pois não esperava receber tal agrado; (...) QUE após a divulgação na mídia do escândalo denominado 'MENSALÃO', a declarante fez uma doação para o programa 'FOME ZERO' no valor correspondente ao presente que recebera de MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA',

243. Encerradas as eleições e reeleito para mais um mandato de Deputado Federal, João Paulo Cunha candidatou-se ao cargo de Presidente da Câmara dos Deputados para o biênio 2003 e 2004, tendo contratado a DNA Propaganda para comandar a sua vitoriosa campanha:

> 'QUE no início do ano de 2003 MARCOS VALÉRIO passou a coordenar, através de sua empresa, a campanha da candidatura do Deputado Federal JOÃO PAULO CUNHA para a Presidência da Câmara dos Deputados' (Depoimento do réu Delúbio Soares, fls. 245/250).
>
> 'QUE posteriormente a dezembro de 2002, o Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores, contratou o Sr. MARCOS VALÉRIO para fazer a campanha do réu para Presidente da Câmara dos Deputados' (Interrogatório do réu João Paulo Cunha, fls. 14.334).

244. Na condição de único candidato, a sua eleição para o cargo aconteceu em fevereiro de 2003.

245. Em maio de 2003, quando o acusado já estava no exercício do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados, teve início a fase interna do procedimento licitatório para a contratação da agência que faria a publicidade da Câmara dos Deputados, tendo sido o edital

COPIA - STF-AP 470 - CPF 58482935149 - 02/12/2013 18:51:12



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

(concorrência nº 11/03) publicado em 16 de setembro de 2003" (fls. 111 a 115 das alegações finais finas do MP).

Afirma, ainda, que, "*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 2003/2004, 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 finais finas do MP).

Destaca, então, a acusação que:

"(...)

248. João Paulo Cunha concordou com a oferta, e, ciente da sua origem ilícita, valeu-se da estrutura de lavagem de dinheiro disponibilizada pelo Banco Rural para receber o valor. Maria Regina Milanésio Cunha, sua esposa, compareceu à agência do Banco Rural no Shopping Brasília e recebeu a quantia em espécie. A prova documental está às fls. 235 do Apenso 7.

249. Márcia Regina Milanésio Cunha admitiu o recebimento do dinheiro (fls. 978/979):

> 'QUE confirma ter realizado em 04 de setembro de 2003 um saque no valor de R$ 50 mil junto à Agência do Banco Rural em Brasília; (...) QUE realizou o saque junto à Agência do Banco Rural em Brasília a pedido de seu esposo, JOÃO PAULO CUNHA; (...) QUE após ter realizado o saque, o numerário foi entregue diretamente a seu esposo em sua residência'.

250. O próprio João Paulo Cunha admitiu que sua esposa recebeu cinquenta mil reais em seu nome. Contudo, negou que o valor representasse vantagem indevida paga por Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz.

CÓPIA - STF AP 470 CPF 58432035149 - 02122013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

251. Num primeiro momento, argumentou que a sua mulher teria ido ao Banco Rural pagar uma fatura de TV por assinatura. Leia-se, quanto ao ponto, o que constou do Relatório Final do Conselho de Ética da Câmara dos Deputados (fls. 10.694):

> 'Declarações do Representado à CPMI dos Correios: dois documentos, duas versões.
>
> Embora soubesse do saque desde quando ele ocorreu, tanto que orientou sua esposa a ir ao Banco Rural para fazer dita operação, o Representado, logo após a instauração da CPMI dos Correios, encaminhou àquele órgão de investigação documento no qual declarava que sua esposa havia comparecido ao Banco Rural para tratar de problemas relativos a faturas de TV por assinatura, nada informando a respeito do saque.
>
> Ocorre que, dias depois, quando da divulgação da lista de sacadores nas contas da empresa do Sr. Marcos Valério, o Representado apresentou um segundo documento à CPMI dos Correios, contradizendo o primeiro que apresentara. Neste segundo documento, o Deputado João Paulo assumiu o saque de R$ 50 mil realizado por sua esposa no Banco Rural'.

252. Depois, admitindo ter recebido os R$ 50.000,00, apresentou a versão de que solicitou cinquenta mil reais a Delúbio Soares para custear quatro pesquisas pré-eleitorais em Osasco/SP, sua base eleitoral (fls. 14335):

> 'QUE solicitou para o Tesoureiro do PT, Sr. DELÚBIO SOARES, recursos para fazer quatro pesquisas na região de Osasco - São Paulo; QUE solicitou cinquenta mil reais; QUE o Sr. DELÚBIO SOARES disse ao réu que estava disponível na Agência do BANCO RURAL em Brasília os cinquenta mil reais'.

253. Essa versão, entretanto, não encontra ressonância na prova que instrui a presente ação penal.

COPIA - STF AP 470 - CPF 184826351 49 - 02/12/2013 18:01:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

254. Mesmo que se aceitasse como verdadeira a versão, causa perplexidade o fato de o acusado não ter solicitado a Delúbio Soares que enviasse o dinheiro por intermédio de uma corriqueira transferência bancária: operação simples, rápida e segura. Ainda mais tendo-se presente que a manipulação de grandes somas de dinheiro em espécie constitui indício grave de ilicitude.

255. Se o dinheiro era lícito e pertencia ao Partido dos Trabalhadores, como afirmou o acusado, nada mais lógico que lhe fosse transferido por intermédio do sistema bancário. Por isso, é inaceitável o seu argumento:

> 'QUE não cogitaram de qualquer transferência de valor, pois DELÚBIO SOARES disse que o dinheiro estava disponível e quem iria buscá-lo; QUE não solicitou para transferir para sua conta corrente porque os cinquenta mil pertenciam ao PT' (fls. 14.335).

257. Na verdade, o acusado optou por receber o dinheiro em espécie porque não queria o registro, em sua conta corrente, de valor recebido por meio de cheque emitido pela SMP&B Comunicação. O recebido assinado por Márcia Regina Milanésio Cunha (fls. 325 do Apenso 07) confirma que o valor foi dado pela empresa de Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano paz:

> 'ASSUNTO: SAQUE
>
> Autorizamos a Sra. Marcia Regina Cunha, a receber a quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), ref. Ao cheque SMPB Propaganda Ltda. que se encontra em nosso poder'.

258. Ademais, se o dinheiro era do Partido dos Trabalhadores, não havia justificativa para que a sua entrega ao acusado fosse feita por meio de cheque emitido pela SMP&B que, sabe-se, era a operadora do grandioso esquema de desvio de recursos e de lavagem de dinheiro objeto da presente ação penal. E mais, que a entrega do

COPIA - SIFAP470 CPF 84329354149 - 02/12/2013 18:51:02



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

dinheiro ao acusado fosse feita pelo mesmo método de que se valeu o Banco Rural para proceder ao pagamento aos Parlamentares que aceitaram negociar o seu ingresso à base de apoio do Governo mediante o recebimento de vantagem indevida.

259. O recebimento do dinheiro por interposta pessoa constitui ato tipificador do crime de lavagem de dinheiro. Há inúmeras referências na literatura especializada relatando o emprego de parentes como intermediários para a prática de crimes dessa natureza.(...).

(...)

261. É irrelevante a alegação do acusado de que o valor foi aplicado no pagamento de pesquisas eleitorais em Osasco/SP. Não constitui elementar do crime de corrupção passiva o eventual destino que o agente dê ao valor recebido. O acusado podia até ter doado os R$ 50.000,00 a uma instituição de caridade, ou ao programa 'Fome Zero', como fez com a caneta mont blanc que recebeu de Marcos Valério, em junho de 2003, como presente de aniversário.

262. Nesse sentido, já decidiu essa Corte no julgamento da Ação Penal n° 307/DF (...)" (fls. 115 a 119 das alegações finais finas).

Em abono argumentativo, ressalta o Ministério Público a desnecessidade de comprovação da efetiva prática do ato de ofício, consignando que esta Corte, no julgamento da AP nº 307/DF, entendeu que "*não é requisito típico do crime de corrupção passiva que o ato de ofício chegue a ser praticado. Basta, para tanto, a mera perspectiva de sua realização*" (fl. 120 das alegações finais).

Nesse ponto, assevera que:

"(...) João Paulo Cunha, como presidente da Câmara dos Deputados, tinha o domínio do processo de licitação, do contrato a ser assinado com a empresa que vencesse o certame e dos atos de sua execução.

Cabia-lhe, por exemplo, nomear a comissão de licitação, fato confirmado em seu interrogatório:

COPIA - SIFAP 47 - CPF 58426351491 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

> 'QUE a Câmara dos Deputados tem permanentemente uma Comissão de licitação; QUE para a licitação mencionada, foi criada uma Comissão Especial de Licitação; QUE foi criada a Comissão Especial porque tem uma previsão no Ato da Mesa nº 80, de 07 de junho de 2001, como também no Decreto nº 57.690, de 01 de fevereiro de 1966 e na Lei 4.680, de 18 de junho de 1965, que tratam da função de publicitários e do exercício de sua profissão; QUE foi o réu, como Presidente da Câmara, que assinou o ato de nomeação da Comissão Especial mencionada'

274. Do mesmo modo, podia alterar a composição da comissão de licitação, total ou parcialmente", bem como "*revogar a licitação, por conveniência administrativa, desde que julgasse necessário*" (fls. 122/123 das alegações finais).

Daí porque "*o argumento de que a denúncia não teria indicado ato administrativo específico apontado como ilegal (infringindo dever funcional), praticado por João Paulo Cunha, não tem qualquer influência na caracterização do delito de corrupção passiva*" (fl. 123 das alegações finais).

Por fim, afirma que o acusado, "*apesar de várias tentativas não conseguiu justificar com argumentos minimamente aceitáveis, porque no exercício do cargo de presidente da Câmara dos Deputados, recebeu R$ 50.000,00 (...) da empresa que logo depois sagrou-se vencedora de licitação milionária realizada pela Casa Legislativa que administrava*" (fl. 125 das alegações finais).

Em contrapartida, a respeito do delito de corrupção passiva, aduz a defesa em suas alegações finais (fls. 53 a 94), em síntese, não haver provas suficientes para a condenação do réu, afirmando que o Ministério Público Federal tentava, na verdade, inverter o ônus probatório, como se a defesa fosse obrigada a comprovar que os fatos imputados ao réu não aconteceram.

Afirma, em seguida, que não teria sido apontado o ato de ofício supostamente praticado pelo réu e que não teria sido demonstrada a

COPIA - STF AP 470 - CPF 84829351149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

ligação "*entre o saque da quantia de R$ 50 mil pela mulher do ora Acusado e o processo licitatório da empresa prestadora de serviços de publicidade e comunicação da Câmara dos Deputados*" (fl. 68 das alegações finais).

Destaca, em reforço, que "*não teria como JOÃO PAULO ter tido 'domínio de todo o processo licitatório' - para se lançar mão da equivocada expressão do órgão ministerial (fl. 122 das alegações finais) -, uma vez que tal poder não era inerente ao seu cargo*" (fl. 72 das alegações finais – grifos do autor). Aduz, para tanto, que:

> "(...) embora omitido da denúncia, havia uma COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO destinada apenas à contratação de serviço de publicidade e propaganda (cf. doc. juntado com a defesa preliminar).
>
> Aliás, a legalidade de tal procedimento é ressaltada no ofício encaminhado pelo Diretor Geral da Câmara dos Deputados, Sr. SÉRGIO SAMPAIO CONTREIRAS DE ALMEIDA, expedido em 29/11/2005 ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, no qual esclarece:
>
> > 'Indaga-se, primeiramente, uma vez que a Câmara dos Deputados dispõe de uma Comissão Permanente de Licitação, da necessidade de se compor uma comissão especial de licitação destinada apenas à contratação de serviços de publicidade e propaganda. Quanto a este aspecto da questão, de plano há que se ressaltar a existência de norma legal expressa na Lei de Licitações, que autoriza tal procedimento administrativo (art. 6°, XVI e art. 51, caput), que, nas condições particulares do que a Administração pretendia, mostrava-se como o caminho mais natural e eficiente' (cf. Doc. juntado na defesa preliminar).
>
> Para a contratação daqueles serviços, a avaliação das propostas era de caráter eminentemente técnico e intelectual, necessitando,

CONIA - SIFEA 470 - CPF 581.203.149-00 12/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

portanto, que fosse executada por pessoas com capacitação específica e elevado nível de conhecimento sobre a matéria.

Daí a nomeação de cinco servidores com formação e currículo funcionais que os apontavam como os mais habilitados no universo da Câmara, para, formando a referida Comissão, emitir avaliação técnica das propostas de modo a selecionar aquela que melhor atendesse às expectativas da Casa e ao interesse público específico no ajuste pretendido. Ainda conforme o interrogatório judicial do Acusado foi esclarecido que 'para esse tipo de licitação demandava pessoas especializadas em 'tema de comunicação'; que a própria Lei de Licitações prevê a criação de Comissão Especial para contratação da espécie; que a Comissão era composta de cinco funcionários do quadro da Câmara dos Deputados; (...) que os cinco membros declararam que não houve qualquer pressão por parte do réu' (fls. 14334/5)" (fls. 72/73 das alegações finais).

Em reforço argumentativo, menciona os depoimentos das testemunhas Marcos Magro Nardon e Márcio Marques de Araújo (fls. 42.347 a 42.351 e 42.280 a 42.299, do volume 198, respectivamente), que afastaram qualquer tipo de ingerência do Presidente da Câmara na referida comissão de licitação (fl. 74 das alegações finais).

Argumenta, na sequência, "*que a SMB&B não venceu o certame sem méritos e a lisura do procedimento não foi colocada em xeque em momento algum, nem mesmo pelas empresas derrotadas*" (fl. 77 das alegações finais).

Lembra, ainda, que não foi o acusado, "*na condição de presidente da Casa, que determinou a realização de procedimento licitatório para a contratação de empresa de publicidade para a Câmara dos Deputados, o que afasta qualquer 'influência' de sua parte no futuro resultado do certame, [bem como] foi o então 1º Secretário da Câmara, o deputado GEDDEL VIEIRA LIMA, quem chancelou o ofício enviado pelo Secretário de Comunicação da Câmara, datado do mês de maio de 2003 - ou seja, mais de 4 (quatro) meses ANTES do procedimento -, autorizando a abertura*

COPIA - SIFAP470 - CPF 84826351149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

*do processo de licitação (fl. 432 do apenso 84 – ofício 197/2003)*" (fls. 77/78 das alegações finais).

Quanto ao recebimento do dinheiro por meio da sua esposa, esclareceu o acusado que o repasse foi decorrente de um pedido feito ao corréu Delúbio Soares para custear pesquisas pré-eleitorais na região de Osasco/SP. Nesse aspecto, ressalta a defesa a observação de João Paulo em seu interrogatório judicial, no sentido de que, até por uma questão de lógica, "*se a visita do Sr. Marcos Valério na residência oficial da Presidência, conforme mencionado, tivesse qualquer relação com o recebimento dos cinquenta mil, o próprio Marcos Valério teria levado os valores em mãos*" (fl. 14336).

Transcreve, ainda, excerto do depoimento de Marcos Valério:

> "Diz que quanto à imputação de corrupção ativa quanto ao parlamentar João Paulo Cunha diz que os fatos não são verdadeiros, não tendo oferecido e nem pago qualquer valor ao mesmo, a título de beneficiamento da SMP&B e licitação no âmbito do Congresso Nacional; diz que recebeu um telefonema de Delúbio Soares solicitando que repassasse R$ 50.000,00 para PT de Osasco, pois estavam sendo feitas pesquisas eleitorais na região visando a eleição municipal e a pessoa que iria buscar esses recursos no Banco seria a mando de João Paulo Cunha, deputado pela região de Osasco; diz que essa pessoa, de nome Márcia Regina, se identificou e assinou recibo; diz que o trabalho foi bem feito, conseguindo o PT a prefeitura de Osasco" (fl. 16362).

A defesa menciona, também, excerto do interrogatório do réu à fl. 14335 dos autos, onde constam as seguintes afirmativas "*que solicitou para o Tesoureiro do PT, Sr. Delúbio Soares, recursos para fazer quatro pesquisas na região de Osasco - São Paulo; que solicitou cinquenta mil reais; que o Sr. Delúbio Soares disse ao réu que estava disponível na Agência do Banco Rural em Brasília os cinquenta mil reais; que não cogitaram de qualquer transferência do valor, pois Delúbio Soares disse que o dinheiro estava disponível e quem iria buscá-lo; que*

COPIA - SIFAP 470 - CPF 08432351149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

*não solicitou para transferir para sua conta porque os cinquenta mil pertenciam ao PT; que solicitou sua esposa Márcia Regina para ir buscar os cinquenta mil, pois estava muito ocupado e isso ocorreu em setembro de 2003; (...) que a Sra. Márcia Regina entregou ao réu os cinquenta mil em um envelope; que os valores recebidos passou (sic) para um funcionário que trabalhava com o réu de nome Celso Aparecido, que fez os pagamentos em espécie; que as pesquisas foram realizadas em Osasco, Carapicuíba e Jandira: que a pesquisa foi realizada pelo INSTITUTO DATA VALE; que dispõe dos recibos que comprovam o pagamento realizado*" (fl. 81 das alegações finais – grifos do autor).

Mais adiante, argumenta que "*as pesquisas eleitorais realizadas pela empresa DATA VALE e as notas fiscais que comprovam o pagamento dos serviços constituem prova documental robusta que dá lastro às afirmações do Acusado, tudo a comprovar a efetiva utilização da quantia sacada para tal finalidade (doc. 02 - documentos inicialmente juntados na defesa de JOÃO PAULO CUNHA perante o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados)*" (fl. 81 das alegações finais – grifos do autor).

Enfatiza a defesa que foram no mesmo sentido os depoimentos de DELÚBIO SOARES (fl. 16591-16633, v. 77), NELSON ROBERTO DE OLIVEIRA GUIMARÃES, proprietário do instituto de pesquisa DATAVALE (fls. 30161-30163, v. 138), IRINEU CASEMIRO PEREIRA, assessor parlamentar (fls. 29890-29896, v. 136), GELSO LIMA, assessor parlamentar (fls. 29897-29905, v. 136), todos confirmando a realização das pesquisas pré-eleitorais na região de Osasco/SP.

Aduz, adicionalmente, que:

> "Soubesse o acusado de que o dinheiro tivesse origem ilícita, não o teria aceitado. Mas, para argumentar, se tivesse aceitado, não mandaria sua própria mulher apanhá-lo no Banco e, mais que isso, identificando-se e, mais que isso, assinando recibo do saque. Chega a ser ignominioso acreditar na versão acusatória.
>
> Por isso, a situação do ora acusado João Paulo é bem distinta da de outros parlamentares, corréus nesta ação penal, acusados de também

COMA - STFAD 410 - CPF 68134035149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

terem sacado recursos em espécie da conta corrente da SMP&B da agência do Banco Rural no Brasília Shopping" (fl. 89 das alegações finais).

E prossegue:

"Como o Acusado tinha plena ciência da estrutura delituosa? Se tivesse e fizesse parte dela como sugere covardemente a versão acusatória ao dizer que ocupava função estratégica dentro das pretensões do grupo, certamente, o ilustre Procurador Geral da Republica, insista-se, não o teria deixado de fora na parte da denúncia que trata da quadrilha.

Isto sem dizer que foi o próprio Acusado, tão logo eclodiram os fatos envolvendo a empresa do Sr. MARCOS VALÉRIO, quem solicitou ao Tribunal de Contas da União a realização de uma auditoria no referido certame, até hoje não finalizada (cf. doc. juntado com a resposta à acusação). À fl. 555 dos autos do Apenso 84, há solicitação de auditoria, da lavra do acusado JOÃO PAULO CUNHA, ao Tribunal de Contas da União, para que realizasse auditoria no processo licitatório no qual se sagrou vencedora a empresa SMP&B, bem como na execução do referido contrato. Deste modo, evidente que o então Presidente da Câmara não foi corrompido, afinal, quem é corrompido para dar 'tratamento privilegiado no procedimento licitatório', não requer uma auditoria para investigar o mesmo procedimento" (fl. 91 das alegações finais - grifos do autor).

Materialidade do delito:

Exame da imputação da prática do crime de corrupção passiva (CP , art. 317).

O saque efetivado por Márcia Regina M. Cunha, esposa do réu, se encontra devidamente comprovado nos autos, vide cópia de um fac-símile enviado pela agência do Banco Rural em Belo Horizonte/MG à agência de Brasília autorizando essa pessoa a receber a quantia de R$ 50.000,00,

COPIA - SIFAP470 - CPF 884263514 - 02/12/2003 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

mediante simples aposição de sua assinatura naquele documento, que fazia referência a um cheque da SMP&B de idêntico valor que se encontrava em poder da agência mineira.

Confira-se o teor daquele documento:

> "ASSUNTO: SAQUE
>
> Autorizamos a Sra. Marcia Regina Cunha, a receber a quantia de R$ 50.000,00 (Cinquenta mil reais), ref. ao cheque SMPB Propaganda Ltda. que se encontra em nosso poder" (fl. 235 do apenso 7).

Penso, contudo, que não está demonstrada de forma suficiente para ensejar a imposição de édito condenatório contra o réu a afirmação do Ministério Público Federal de que essa quantia teria sido recebida pelo acusado para que favorecesse a empresa SMP&B em futuro procedimento licitatório da Câmara dos Deputados (Edital de Concorrência 11/2003), o qual visava à contratação de serviços de empresa de publicidade.

Destaque-se que a prova documental apresentada nos autos não enseja a conclusão de que tenha havido irregularidades na aludida concorrência.

Os depoimentos dos integrantes da Comissão Especial de Licitação, Ronaldo Gomes de Souza (fls. 42414/42422 do v. 198), Marcos Magro Nardon (fls. 42347/42351 do v. 198) e Márcio Marques de Araújo (fls. 42280/42299, v. 198) são uníssonos em afirmar a lisura e a regularidade daquele certame, assim como negaram eles qualquer ingerência por parte do acusado na escolha da proposta vencedora.

Veja-se que essa comissão especial de licitação, instituída para a Concorrência 11/2003, era composta por servidores concursados da Casa, sem qualquer indício de que tenha havido interferência por parte do réu, então Presidente da Câmara dos Deputados, ou do seu Diretor-Geral, na escolha ou indicação de seus integrantes.

Ressalto, por último, que diante das suspeitas veiculadas por ocasião das denúncias contra o réu, partiu dele próprio a iniciativa de, por meio do Ofício OFJP-DF nº 389/2005 (fl. 555 do v. 2 do apenso 84), requerer ao

COPIA - SIFAP470 - CPF 08823514870 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

então Presidente da Câmara dos Deputados que encaminhasse ao Tribunal de Contas da União uma solicitação para abertura de auditoria no processo licitatório e na execução do referido contrato de publicidade firmado com a SMP&B, tendo aquela Corte de Contas concluído pela regularidade de ambos os procedimentos.

É igualmente veraz que o Ministério Público Federal destacou, em abono de sua tese, o fato de haver o acusado afirmado, perante a Comissão de Ética da Câmara, que a sua mulher esteve na aludida agência bancária visando resolver problemas relativos a uma fatura, e, somente depois da divulgação da lista de sacadores apresentada pelo corréu Marcos Valério, haver admitido a realização do saque no valor de R$ 50.000,00, afirmando que dita importância teria sido remetida a mando de Delúbio Soares, para pagamento de pesquisas pré-eleitorais em Osasco/SP.

Esse comportamento, todavia, não é suficiente para uma condenação, máxime quando as demais provas produzidas no curso da instrução foram no sentido de ratificar essa última versão, não tendo o órgão acusatório comprovado a falsidade dessas alegações.

Em contraposição à tese de acusação, a abonar a versão da defesa, há as declarações de Delúbio Soares (fls. 16591 a 16633 do v. 77) e os depoimentos de Irineu Casemiro Pereira, assessor parlamentar responsável pela solicitação dos recursos necessários à realização de serviços de pesquisa pré-eleitoral diretamente ao réu (fls. 29890/29896 do v. 136), Gelso Aparecido de Lima, pessoa que recebeu os recursos do acusado e providenciou o pagamento dos serviços de pesquisa (fls. 29897/29905 do v. 136) e de Nelson Roberto de Oliveira Guimarães, responsável legal pela DATAVALE Pesquisas e Comunicações e Sistemas S/C Ltda., que confirmou haver realizado as pesquisas em favor do Partido dos Trabalhadores nos Municípios de Carapicuíba, Jandira, Osasco e Cotia, (fls. 30161 a 30163 do v. 138).

COPIA - SIFAR 470 - CPF 184.203.514-49 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Além disso, há prova documental consubstanciada em notas fiscais, cuja inidoneidade não se comprovou, atestando a realização dos serviços de pesquisas em favor do réu em Osasco/SP, ainda que esses documentos estejam datados de 10/9/03, 30/9/03 e 19/12/03, com numeração sequencial (151, 152 e 153, respetivamente – fl. 10699), e o recolhimento dos tributos incidentes sobre os serviços prestados (ISS) somente tenha ocorrido dois anos depois das suas emissões, em virtude da divulgação dos fatos na imprensa.

Apesar de esses fatos indicarem a ocorrência de sonegação fiscal, elidida posteriormente pelo pagamento dos tributos e seus acréscimos, eles, por si sós, não são capazes de comprovar a inidoneidade das notas e demonstrar que a prestação dos serviços por elas atestados efetivamente não ocorreu.

Com essas considerações, **julgo igualmente improcedente a ação e absolvo João Paulo Cunha pelo crime de corrupção passiva** (art. 317 do CP), nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal." (fls. 53.240/53.256).

Bem se vê pelo voto dos doutos ministros LEWANDOWSKI e TÓFFOLI — cujos fundamentos são aqui totalmente encampados e dispensam acréscimos — que a razão, com a devida *venia*, está com eles. Assim e para se evitar desnecessárias repetições, aguarda-se, pelas razões expostas, o recebimento destes embargos para que se absolva o paciente pelo crime de corrupção como medida de **JUSTIÇA**!

CÓPIA - SIFAP470 - CPF 18432035149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

**IV- QUANTO AO CRIME DE PECULATO:**

Já no que se refere ao peculato relativo às subcontratações, assim votou o em. Min. RICARDO LEWANDOWSKI:

COPIA - STFAP 470 CPF 58432035149 - 0212/2013 18:51:52

"3.1. Primeiro Peculato: subcontratações da SMP&B

A questão central dessa primeira acusação consiste em saber se a empresa SMP&B, de fato, subcontratou 99,9% do objeto licitado e, consequentemente, se ela recebeu dinheiro por serviços contratados mas não prestados à Câmara dos Deputados.

Sobre a primeira imputação, o Ministério Público sustenta que a

> "empresa SMP&B, com o aval de João Paulo Cunha, subcontratou 99,9% do objeto licitado. De uma soma de R$ 10.745.902,17, somente R$ 17.091,00 foram pagos por serviços prestados diretamente pela SMP&B, representando 0,01%. A SMP&B, do núcleo de Marcos Valério, participou do contrato apenas para intermediar subcontratações, recebendo honorários de 5% por isso. Referida situação caracteriza grave lesão ao erário, além do crime de peculato.
>
> Com efeito, João Paulo Cunha desviou R$ 536.440,55 do contrato nº 2003/204.0 em proveito do núcleo Marcos Valério da organização criminosa. Explica-se.
>
> O núcleo Marcos Valério, por meio da empresa SMP&B, assinou o contrato 2003/204.0 para não prestar qualquer serviço. Nessa linha, subcontratou 99,9% do objeto contratual.
>
> Por conta disso, recebeu gratuitamente R$ 536.440,55, valor dos honorários fixados na avença" (fl. 5.665 — grifei).
>
> Nas alegações finais, o Ministério Público majora o valor que teria sido pago à SMP&B "para nada fazer", sob fundamento de que "a análise dos pagamentos efetuados no curso do contrato nº 2003.204.0, demonstrou que o valor desviado foi de R$ 1.077.857,81 (um milhão,



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

setenta e sete mil, oitocentos e cinquenta e sete reais e oitenta e um centavos)" (fl. 45.228).

Por ocasião do recebimento da denúncia acompanhei o voto proferido pelo Relator, Ministro Joaquim Barbosa, porque fiquei impressionado com a seguinte afirmação:

> "A subcontratação total do objeto do contrato era expressamente proibida não apenas pelo edital de Concorrência no 11/2003, como também pelos arts. 72 e 78, VI, da Lei 8.666/1993.
>
> (...)
>
> Ora, a equipe técnica do Tribunal de Contas da União que auditou o contrato em questão não apenas constatou a subcontratação quase total do objeto do contrato 2003/204.0 (o que era expressamente vedado), como também a subcontratação de empresas para a realização de serviços alheios ao objeto contratado" (fl. 11.835 – grifei e sublinhei).

Entretanto, verifico, agora, que a premissa do voto, qual seja, a de que ocorreu a subcontratação quase total do objeto licitado, com base em relatório preliminar do Tribunal de Contas da União, estava, concessa venia, equivocada. Isso porque esse relatório inicial foi revisto pelo próprio TCU, a partir de auditoria verticalizada do certame e do contrato, nos autos do mencionado Processo TC-012.040/2005.

Em outras palavras, a denúncia de que houve subcontratação de impressionantes 99,9% dos serviços não corresponde à realidade, segundo constatou o TCU, in verbis:

> "(...) 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,

COPIA - STF AP 470 - CPF 84329351149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

para esse tipo de trabalho, pode ser considerado normal, como bem esclarecido pelo informante.

O legislador sabidamente não fixou na lei o limite da subcontratação, deixando essa barreira ao poder discricionário do administrador, sob pena de inviabilizar certos tipos de ajuste, como no caso presente. Deve-se ressaltar, ainda, que não houve a transferência de responsabilidade da contratada para terceiros, fato esse proibido pela lei do ajuste. Dessa forma, também nesse ponto não se caracteriza irregularidades nos atos praticados pelos gestores envolvidos" (fls. 40.345-40.361 – grifei - doc. 6).

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 porcentual de 65,53%, 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:

"Outra questão analisada nos autos diz respeito à expressiva subcontratação de serviços no âmbito do contrato celebrado com a SMP&B Comunicação Ltda. (...).

Observo, de início, que, conforme verificou este Tribunal nas auditorias realizadas em diversos órgãos e entidades da Administração Pública Federal na área de publicidade e propaganda no segundo semestre de 2005, os contratos examinados apresentavam alto grau de subcontratação.

No TC 019.444/2005-2, que consolidou os mencionados trabalhos de fiscalização (Acórdão 2062/2006-TCU-Plenário), da relatoria do

COPIA - SIFEAD470 - CPF 84329351549 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

ilustre Ministro Ubiratan Aguiar, foi discutida a necessidade e a conveniência de se manter como obrigatória a intermediação das agências em todas as ações publicitárias da Administração Pública, conforme imposição do art. 9° do Decreto 4.799/2003, em face das evidências de que se tratava de condição onerosa e antieconômica para os cofres públicos.

Naqueles autos, entre outras providências, foram adotadas por este Tribunal medidas visando a assegurar que as contratações de serviços e fornecedores para a execução das ações de publicidade concebidas pelas agências fossem licitadas separadamente da criação e produção, contratando-se, sem intermediários, os serviços de reprodução e veiculação das ações de publicidade dos órgãos e entidades da Administração Pública; assessoramento e apoio na execução de ações de assessoria de imprensa, relações públicas, promoção e patrocínios; organização de eventos; planejamento e montagem de estandes em feiras e exposições; e outros serviços destinados ao atendimento das necessidades de comunicação do contratante.

(...)

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 campanhas institucionais, verifica-se quando da veiculação. Nesse sentido, pode-se afirmar sem medo de errar, que a maior e mais significativa parte dos recursos empregados foram, na verdade, repassados às TV abertas, rádios e jornais, ou seja, as ditas mídias que veicularam as campanhas decorrentes do trabalho intelectual formulado sob a supervisão e responsabilidade técnica, direta ou indireta, da contratada. Em suma, nesse tipo de contrato sempre a maior parte dos recursos serão gastos com terceiros, que efetivamente divulgam as campanhas institucionais.

COPIA - SEFAZ 470 - CPF 84826351149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

> Dessa forma, observa-se que o contrato examinado apenas exemplifica a situação identificada pelo Tribunal nas contratações de mesma natureza realizadas pela Administração Pública, nas quais as agências de publicidade são intermediárias das contratações com terceiros de qualquer ação publicitária da Administração. No entanto, cumpre destacar a respeito do contrato em tela a conclusão da Unidade Técnica de que as informações prestadas pelo Sr. Diretor Geral da Câmara dos Deputados foram suficientes para demonstrar a ausência de irregularidade nos atos de gestão analisados, o que me leva a considerar esclarecida a questão" (fls. 40.345-40.361 - grifei).

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.

Nesse sentido, é revelador o depoimento prestado, em juízo, pela testemunha Oliveiros Domingos Marques Neto, proprietário da agência Loducca Publicidade, que foi concorrente da empresa SMP&B no processo licitatório. Ao ser indagado se é rotineira a prática de subcontratações no mercado das agências de publicidade, ele respondeu o seguinte:

> "(...) é comum porque é necessária. Dentro de agência, eu não tenho produtora, e, aliás, a regulação do mercado não permite que se tenha produtora em agência. Ou é agência de propaganda, ou é produtora de vídeo, ou é gráfica. Não há uma gráfica dentro da minha agência. Para imprimir o material que tenho que entregar para o meu cliente, tenho que contratar uma gráfica, então, eu administro a verba do cliente, contratando essa gráfica" (fl. 42.716 – grifei e sublinhei).

Eduardo Fischer, publicitário, ao explicar, em juízo, a atividade de uma agência, demonstrou que a criação se faz dentro da empresa e 95% daquilo que é considerado produção é feito fora, sendo que a mídia é feita pelos

COPIA - SIFEAP470 - CPF 18432935140 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

veículos de comunicação. E, ao ser indagado qual a fase da campanha que tem maior custo, respondeu: "*veiculação, óbvio, 85%*" (fl. 29.761, vol. 136).

Igualmente, o publicitário Antônio Sérgio Amado Simões, presidente da OGILVY no Brasil, afirmou em seu depoimento que o custo mais representativo de uma campanha é a veiculação na "*mídia, 80%, sempre*". Em seguida, ao ser indagado como a sua agência movimenta a conta no Ministério do Desenvolvimento, respondeu que, quando vai desenvolver campanha publicitária, recebe os recursos e repassa aos veículos e terceiros, e que isso sempre ocorre dessa forma no setor público e no setor privado (fls. 29.789-29.790, vol. 136).

Hiram Amazonas Castello Branco, publicitário sócio da GIACOMETTI, também explicou, em juízo, que a veiculação, grosso modo, é o maior custo, entre 80% e 90%, e confirma a emissão de notas fiscais englobando 100% dos valores repassados à agência de publicidade. Esta, depois, paga os veículos de comunicação, os fornecedores e retém seus honorários como comissão (fls. 29.793-29.794, vol. 136).

Luiz de Alencar Lara, presidente da agência LEW LARA, esclareceu que, na verdade, a agência é uma intermediária da compra de serviços de mídia e produção de peças publicitárias. Explicou também que, de acordo com o Decreto 4.563, de 2002, a agência é mera intermediária que recebe honorários como comissão. Disse, ainda, que a agência cria e planeja, mas a produção das peças publicitárias, sejam elas na mídia impressa, sejam na eletrônica, é sempre terceirizada e paga pela agência como praxe no mercado (fls. 29.938 e 29.942, vol. 137).

Eduardo de Godoy Pereira, jornalista e proprietário de agência de publicidade, ao ser indagado, em juízo, sobre porcentuais e limites de subcontratações, esclareceu o seguinte:

> "Não, não existe isso estipulado em edital e nem em contrato, quanto que você vai ter de terceirização ou não. O que acontece na prática, seja no estatal... e digo para o Senhor que, na iniciativa privada, mais

COMA-SIFAE470 - CPF 18482035149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

ou menos entre 85% a 90% é mídia, é o que você coloca nos veículos de comunicação. Os outros 15% a 10% do valor do contrato global são em produção, seja na criação, na confecção do material, na parte física que você vai colocar nos veículos de comunicação. Eu tenho treze anos de atendimento de conta de

Petrobrás. Em treze anos, eu vou dizer que a média é entre 85% a 90%, nunca passa de 90% e nunca abaixo de 84%. Essa é a média. Eu tenho a conta da Oi. A nossa empresa tem a conta da Oi, extremamente privada e etc. É o percentual igual: 85% se põe em mídia, 10%, 15% em produção. Uma parte disso é a criação da agência, é o que é a agência na tabela, o que eu crio, o anúncio, etc., o resto é produção. Essa é a média. Agora, não tem no contrato" (fl. 30.282, vol. 140).

Paulo de Tarso da Cunha Santos, publicitário, diretor da MATISSE COMUNICAÇÃO, no mesmo sentido, confirmou, em juízo, que o custo de 90% em terceirizações é normal (fl. 38.100, vol. 177).

Destaco, por fim, o depoimento do presidente da FISCHER AMÉRICA, Antônio Martins Fadiga, o qual comprovou que os custos com terceirizações e mídia representam 85% do faturamento (fl. 38.106, vol. 177).

Tal é a realidade incontroversa do mercado das agências de publicidade que esta Suprema Corte não pode ignorá-la, tendo em conta as fartas provas testemunhais colhidas em juízo.

Nesse sentido, ressalto que, tanto o acordão do TCU, quanto o Laudo 1.947/2009, elaborado, em juízo, pela Polícia Federal - passado pelo crivo do contraditório - revelam que, dos R$ 10.745.902,17 movimentados pela SMP&B, o substancioso percentual de 65,53%, representando o valor de R$ 7.041.511,04, foi destinado a conhecidas empresas de comunicação, que veiculam propagandas em todo o País, como redes de TV, rádios, jornais, revistas e editoras.

COPIA - STFAP 470 - CPF 84823514949 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Consta do referido Laudo 1.947/2009 que os peritos, ao responderem se o contrato "*admitia pudesse haver terceirização de serviços?*", responderam categoricamente o seguinte: "*Sim. Conforme o item 9.7 do edital, verbis: '9.7 A CONTRATADA poderá subcontratar outras empresas, para a execução parcial do objeto como um todo e haja anuência previa, por escrito, da CONTRATANTE*" (fl. 34.937).

Em seguida, indagou-se aos técnicos se "*o contrato estabelecia algum limite (quantitativo, qualitativo ou de percentual) para a terceirização de serviços?*". Eles responderam que "*o contrato não estabeleceu limite para subcontratações*" (fl. 34.938).

É importante ressaltar, ainda, que a terceirização de serviços e a sua consequente remuneração estava expressamente prevista não apenas no edital da licitação como também no contrato decorrente, nos termos de sua Cláusula Terceira, Parágrafo Terceiro, e Cláusula Oitava, alínea b (fls. 151 do apenso 2).

Assim, para afastar a ocorrência desse suposto peculato nas subcontratações, parece-me insuperável a categórica afirmação dos peritos da Polícia Federal no sentido de que "*os serviços contratados foram prestados*" e, mais, que "*não foram encontrados indícios que pudessem indicar uma terceirização fictícia dos serviços*" (fls. 34.924- 34.925 - grifei).

Ora, se não houve subcontratações fictícias e os serviços terceirizados foram efetivamente prestados por veículos de comunicação e outras empresas, não há falar em desvio de dinheiro público tampouco em crime de peculato, na espécie.

A propósito, quanto aos "*serviços de arquitetura*" terceirizados pela SMP&B, está comprovado nos autos que estes faziam parte, sim, segundo o TCU, do objeto do contrato firmado entre a Câmara e a SMP&B.

Com efeito, os contratos diziam respeito a ações de publicidade, que incluíam a construção de "*cenários para a TV Câmara*". Nesse sentido, constata-se que os próprios nomes das empresas contratadas aclaram o

COPIA - SIFAP 470 - CPF 58432635149 - 02/12/2013 18:51:32



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

ponto. Veja-se: Ucho Carvalho Comunicações e Propaganda Ltda., Mediale Design & Comunicações S/C Ltda. e Mister Grafix Produções Ltda. Ou seja, são empresas do ramo de publicidade.

Assim, o Tribunal de Contas da União esclareceu a questão, em seu acórdão às fls. 40.357-40.358 dos autos:

> "11. No tocante à subcontratação (b) das empresas Ucho Carvalho Comunicações e Propaganda Ltda., Mediale Design & Comunicação S/C Ltda. ME e Mister Grafix Produções Ltda, por meio da empresa SMP&B Comunicação Ltda., para realizarem serviços supostamente de engenharia, não abrangidos pelo contrato, considero, do mesmo modo que a Unidade Técnica, esclarecida a Questão.
>
> 12. Conforme os documentos juntados aos autos, a primeira empresa (fl. 2001-vol.13) foi contratada para realizar projeto de cenografia para auditório e ambiente de redação da TV Câmara, bem como projeto de criação de identidade visual com a 'criação de estilo visual da interprogramação (abertura e encerramento de programas, créditos, vinhetas de passagem, chamadas dos programas e sugestão de trilha sonora)'. A segunda empresa, conforme informação prestada pelo Sr. Diretor-Geral da Câmara (fls. 1916/1919-vol. 13), executou cenários especializados para uso nos estúdios da TV Câmara, trabalho técnico e indissociável de sua identidade visual. A terceira empresa prestou os serviços de produção de vinhetas para a TV Câmara (fl. 2015-vol.13). Entendo que os referidos serviços, com as características técnicas que lhe são associadas, foram justificadamente enquadrados na previsão contida na alínea f da Cláusula Primeira do Contrato (fl. 2.071-vol.14) referente a elaboração, execução, acompanhamento e registro de (...) elementos de programação e identidade visual, não tendo ocorrido, portanto, a execução de serviços sem amparo contratual".

COPIA - SIFAP470 - CIF 84823514 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Todos os serviços terceirizados, portanto, inclusive os que foram autorizados diretamente pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, foram rigorosamente prestados. Em outras palavras, segundo o laudo da Polícia Federal, JOÃO PAULO CUNHA não autorizou "*terceirização fictícia dos serviços*". Assim, também nesse aspecto, inexiste peculato na espécie. Ora, não há nenhum ilícito no fato de o Presidente da Câmara, no uso de suas atribuições, autorizar serviços que de fato foram realizados.

Dos veículos de comunicação contratados, os quais reputo da mais alta respeitabilidade, verifico, com base no Apêndice A do Laudo de Exame Contábil do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal 1.947/2009, que estes, dentre outros, receberam os seguintes valores da agência SMP&B (Doc. 9):

EMISSORAS E REDES DE TELEVISÃO

TV GLOBO – R$ 2.733.845,60

TV SBT – R$ 708.315,45

TV RECORD – R$ 418.516,90

TV BANDEIRANTES – R$ 251.795,00

TV INDEPENDENTE – SJ RIO PRETO – R$ 48.450,00

GLOBOSAT – R$ 47.782,63

TVE – R$ 28.541,80

EDITORAS DE JORNAIS E REVISTAS

EDITORA ABRIL - R$ 334.362,00

O ESTADO DE SÃO PAULO – R$ 247.943,31

FOLHA DA MANHÃ (FOLHA DE S. PAULO) – R$ 247.325,40

INFOGLOBO (JORNAL O GLOBO) – R$ 186.896,16

EDITORA GLOBO – R$ 166.611,00

TRÊS EDITORIAL (REVISTA ISTO É) – R$ 112.958,14

EDITORA JB (JORNAL DO BRASIL) – R$ 140.550,60

CORREIO BRAZILIENSE – R$ 92.085,60

CÓPIA - SIFAP 470 - CPF 184.325.358-40 - 02/12/2013 18:51:12



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

CENTRAL DE COMUNICAÇÕES SC – R$ 85.301,01
RBS ZERO HORA EDITORA JORNALÍSTICA – R$ 65.709,56
ESTADO DE MINAS – R$ 42.088,85
PEREIRA DE SOUZA (REDE DE JORNAIS) – R$ 49.300,61
EDITORA O DIA – R$ 38.004,75
EDITORA SEGMENTO – R$ 37.990,91
EMPRESA JORNALÍSTICA CALDAS JR (CORREIO DO POVO) – R$ 32.513,51
IMPRENSA EDITORIAL – R$ 29.533,60
DIÁRIO DE PERNAMBUCO – R$ 25.302,77
JORNAL DO COMÉRCIO – R$ 24.638,26
GAZETA DO POVO – R$ 20.388,34
JORNAL DE BRASÍLIA – R$ 20.985,50
DIÁRIO DO NORDESTE – R$ 14.886,38
EDITORA O ESTADO DO PARANÁ – R$ 7.163,99
DIÁRIO DO GRANDE ABC – R$ 5.668,65
JORNAL DIÁRIO DA MANHÃ – R$ 4.623,84

FUNDAÇÕES
FUNDAÇÃO VICTOR CIVITA – R$ 66.128,56
FUNDAÇÃO UBALDINO DO AMARAL – R$ 1.410,87

PROPAGANDA NA INTERNET
INFOLINE COMUNICAÇÕES – R$ 21.774,00
TERRA NETWORKS BRASIL – R$ 9.918,00
UNIVERSO ONLINE (UOL) – R$ 9.091,50

COPIA - SIFRAE 470 CERT 18482935149 - 02/12/2013 18:51:52

Constatei, portanto, após uma detalhada revisão destes autos, que é fato incontroverso que todos esses conhecidos veículos de comunicação, além de outros, receberam mais de R$ 7 milhões, ao que tudo indica, de forma



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

absolutamente lícita e regular, da SMP&B, por serviços de veiculação de propaganda efetivamente prestados, conforme atesta o TCU.

É escusado dizer que o poder constituinte originário confiou ao Tribunal de Contas da União a relevantíssima atribuição de exercer a "*fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas*".

Ademais, consigna a Constituição que "*qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária*" deve prestar contas ao TCU, tudo em estrita observância ao fixado no art. 70 do Texto Magno.

Ora, não é possível, a meu ver, contestar acórdão do Tribunal de Contas da União para afirmar, como quer o Ministério Público, que a SMP&B desviou dinheiro do erário por subcontratar, com a devida vênia, fantasiosos 99,9% do objeto licitado.

Tal acusação, além de ser numericamente incorreta, também passa ao largo do fato incontroverso de que 65,5% do valor licitado, ou seja, R$ 7 milhões, foram gastos com veiculação de propaganda de maneira regular e lícita, como assentou o Plenário do TCU.

O fato é que a acusação se nega a aceitar que os valores gastos com os veículos de comunicação, que montam a R$ 7.041.511,04, representando, portanto, 65,5% do valor movimentado pela agência, não constituem desvio de dinheiro público. Tais valores não podem, com efeito, ser contabilizados como resultantes de terceirização de maneira a alcançar-se o equivocado índice de 99,9% de subcontratações, numa somatória que pode induzir a erro um analista mais desavisado da operação.

É imperioso perceber que, ao se retirar o custo – sem dúvida elevado - das habituais veiculações de publicidade institucional, verificar-se-á que, na verdade, a agência SMP&B terceirizou exatos 88,68% dos serviços,

CÓPIA - SIFAP 430 CPF 584.203.515-49 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

realizando diretamente 11,32% deles. Tal prática é reconhecidamente normal para esse tipo de atividade, segundo constou, inclusive, de decisão Plenária do TCU. É cerebrina, repito, segundo a Corte de Contas, a conclusão segundo a qual 99,9% dos serviços teriam sido terceirizados, porquanto esse cálculo não apresenta nenhuma base técnica.

A propósito, bem assentou o jornalista Luis Carlos Azedo, em matéria publicada no jornal Correio Braziliense do dia 19/8/2012, sob o título "*Desconhecimento de causa*", o seguinte:

> "A realidade do mercado publicitário está longe da análise inicial que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem feito sobre as atividades de uma agência de propaganda no julgamento do mensalão. O desconhecimento de causa não pode ser base de voto que condena a história de um mercado e de profissionais que trabalham, por ofício, comprometidos com os resultados e os objetivos de seus clientes.
>
> Uma licitação pública é vencida por uma agência pelas modalidades melhor técnica e melhor preço. Uma empresa de publicidade estuda, planeja e contrata serviços de terceiros para realizar etapas de produção e de mídia, para veicular as peças. Uma agência não imprime, contrata uma gráfica e orienta os serviços.
>
> Como o nome diz, agencia, faz uma atividade intermediária, que segue normas e a legislação. É isso que é preciso ser compreendido antes de qualquer julgamento. Outro ponto: os contratos das agências de publicidade têm de 80% a 90% destinados às empresas de mídia e vários fornecedores. Fica para elas apenas a comissão".

Aliás, se esta Suprema Corte entender que o índice de terceirizações da SMP&B alcançou a casa dos 99,9%, de modo anormal e injustificado, e, portanto, criminoso, ao contrário do decidido pela Corte de Contas, isso poderia levar, em tese, ao ressarcimento de mais de R$ 7 milhões aos cofres públicos, importância essa paga de forma legítima, a meu ver, a respeitáveis veículos de comunicação, os quais, de boa-fé, prestaram

CÓPIA - STF AP 470 - CPF 84326351420 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

serviços à Câmara dos Deputados, na condição de subcontratados da agência SMP&B, para veicular propagandas institucionais na TV, no rádio, em jornais, em revistas e também pela internet.

Da mesma forma, os quase R$ 4 milhões remanescentes teriam de ser devolvidos, não obstante tenham sido efetivamente prestados, conforme atesta o Laudo 1.947/2009 da Polícia Federal (fls. 34.924-34.925).

Quanto à remuneração obtida pela empresa SMP&B, observo que o Contrato 2.003/204 encartado às fls. 148-157 do apenso 2, estipula três formas de pagamento em favor da agência. Elas também foram detalhadas no Laudo 1.947/2009 da Polícia Federal, nos seguintes termos:

> "- 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)" (fls. 34.929-34.930).

Em resumo, nos termos do contrato decorrente da licitação, a agência SMP&B seria remunerada nas seguintes hipóteses: (i) quando prestasse diretamente o serviço – Cláusula 8ª, a; (ii) quando intermediasse a subcontratação – Cláusula 8ª, b; e (iii) quando fizesse jus à comissão concedida pelos meios de veiculação – Cláusula 9ª, parágrafo único.

Com base no que foi pactuado contratualmente, a SMP&B foi remunerada, na verdade, em R$ 1.092.479,22, e não em R$ 536.440,55, como inicialmente apontou a denúncia.

Desse valor, a agência de publicidade recebeu: (i) R$ 948.338,41 por comissões pagas pelas empresas de veiculação (TVs, rádios, editoras, jornais e etc.); (ii) R$ 129.519,40 pelo percentual relativo às terceirizadas; e (iii) R$ 14.621,41, por serviços diretos que "*correspondem ao ressarcimento de*

CÓPIA - STF AP 470 - CPF 58626351149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

*seus custos internos*", conforme se extrai do Laudo 1.947/2009 da Polícia Federal (Tabela 6 – Honorários Líquidos da SMP&B – fl. 34.932 e Tabela 7 – Serviços prestados diretamente – fl. 34.933).

Ressalto, ainda, que os R$ 129.000,00 foram recebidos como percentual referente às terceirizadas, cujos serviços foram efetivamente prestados, segundo o mesmo laudo. De outra parte, R$ 14.000,00 foram recebidos a título de ressarcimento de custos internos de serviços diretamente realizados, tudo conforme pactuado (cf. Tabela 6 – Honorários Líquidos da SMP&B – fl. 34.932 e Tabela 7 – Serviços prestados diretamente – fl. 34.933).

Destaco, mais, por relevante, que os R$ 17.091,00 brutos (R$ 14.621,41 líquidos) recebidos pela SMP&B representam apenas 20% do valor total auferido por serviços diretos. Com efeito, o Laudo 1.947/2009 da Polícia Federal revelou que, na verdade, a SMP&B ganhou R$ 85.455,00 por serviços diretamente realizados. Vejamos:

> "36. O valor dos serviços prestados diretamente pela SMP&B é de R$ 85.455,00 (R$ 17.091,00 correspondem ao ressarcimento de 20% dos seus custos internos conforme Tabela 7)" (fl. 34.933).

Esses valores constam do Laudo 1.947/2009 da Polícia Federal, o qual consignou que

> "a efetiva remuneração da SMP&B (honorários líquidos) foi de R$ 1.092.479,22 conforme a tabela 6. Essa tabela demonstra os valores gastos com veiculação e terceirizações e os honorários líquidos recebidos pela SMP&B, conforme os percentuais descritos" no contrato firmado (fl. 34.932 - doc. 9).

Ressalto, por importante, que, segundo o mesmo estudo da PF, elaborado sob o crivo do contraditório, essa remuneração da SMP&B foi recebida por serviços que foram efetivamente prestados, assentando os peritos, repito, que "*não foram encontrados indícios que pudessem indicar uma terceirização fictícia dos serviços*".

COPIA - SIEAP 470 - CPF 58826351549 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

Somente em relação à empresa IFT os peritos encontraram indícios de que os serviços não foram prestados (fl. 34.925), mas esse fato diz respeito à segunda imputação de peculato, não à primeira. Examinarei, portanto, essa alegação no próximo tópico.

Sublinho que tive o cuidado de verificar se essa forma de remuneração assim pactuada seria ou não uma inovação contratual, configurando um privilégio para a SMP&B, incompatível com os padrões usualmente adotados para a prestação de serviços de publicidade.

Constatei, 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 surge a seguinte indagação: o fato de a agência DENISON BRASIL ter recebido 100% dos seus honorários por 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.

Com base nos motivos acima expostos, rejeito integralmente essa primeira acusação de peculato, que partiu da falsa premissa - desmontada pelo TCU e pela Polícia Federal – segundo a qual a agência SMP&B "*subcontratou 99,9% do objeto licitado (...) para não prestar qualquer serviço*", e

CÓPIA - SIFEAP470 - CPF 184.203.138-40 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

que, por essa razão, JOÃO PAULO CUNHA teria desviado dinheiro do contrato "*em proveito da organização criminosa*" da qual, aliás, paradoxalmente, segundo o próprio Ministério Público, ele não fazia parte.

De outro lado, reputo hígida a remuneração da agência SMP&B, pois, conforme ficou comprovado nos autos, ela recebeu os valores que lhe foram pagos por serviços efetivamente prestados, segundo as três formas licitamente pactuadas: (i) comissões sobre veiculações, (ii) comissões sobre terceirizações e (iii) serviços diretos, todos realizados, conforme comprovam o anteriormente citado laudo da Polícia Federal e o já mencionado acórdão do TCU.

Pelo meu voto, pois, **ABSOLVO** o réu, com fundamento no art. 386, III, do CPP, mantidos, por consequência, os seus direitos políticos." (fls. 52.588/52.605).

COPIA - SIFAP470 - CPF 58432035149 - 02/12/2013 18:51:52

Sobre a mesma imputação, em idêntico sentido, o em. Min. DIAS TOFFOLI:

"Quanto à segunda imputação de peculato (desvio de valores objetos do contrato firmado entre a Câmara dos Deputados e a empresa SMP&B), assinalo que a alegação é de que o alto índice de subcontratações autorizadas pelo réu na execução do contrato de publicidade celebrado entre a SMP&B e a Câmara dos Deputados teria ocasionado o desvio de R$ 1.077.857,81, caracterizando a prática do crime de peculato desvio.

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.

A esse respeito, destaco excerto do laudo pericial nº 1.947/2009-INC, elaborado pelo Instituto de Criminalística da Polícia Federal:

"(...)



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

28. Dessa forma, os gastos comprovados com os serviços de criação, além de outros serviços prestados pela própria SMP&B, conforme parágrafo 26, totalizaram R$ 17.091,00 (valor bruto). Considerando que esse valor se refere ao ressarcimento de 20% de seus custos internos, esses totalizaram R$ 85.455,00 (valor dos serviços prestados, observados como limite máximo desses valores os previstos na tabela de preço do Sindicato das Agências de Propaganda do Distrito Federal). Os gastos com serviços terceirizados, excluindo-se as veiculações, totalizaram R$ 3.687.300,13 sem distinção entre 'criação' e 'produção'.

29. Assim, o percentual dos serviços prestados pela própria SMP&B (R$ 85.455,00) com relação aos serviços terceirizados (R$ 3.687.300,13) corresponde a 2,32%.

(...)

IV - RESPOSTAS AOS QUESITOS

IV.1 Quesitos do Ministro Joaquim Barbosa

(...)

4) qual foi a efetiva remuneração da SMP&B no contrato.

34. A efetiva remuneração da SMP&B (honorários líquidos) foi de R$ 1.092.479,22. Vide Seção III.4 Da Efetiva Remuneração da SMP&B no Contrato.

IV.2 Quesitos do Ministério Público

(...)

b) informar, em termos de valores e em termos percentuais, os serviços prestados diretamente pela empresa SMP&B Comunicação Ltda. e os serviços subcontratados.

36. O valor dos serviços prestados diretamente pela SMP&B é de R$ 85.455,00 (R$ 17.091,00 correspondem ao ressarcimento de 20% dos seus custos internos conforme Tabela 7), que corresponde a 2,32% do

COPIA - SIFAP470 - CPF 58623514191 - 02/12/2013 18:51:32



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

total de serviços terceirizados, excluindo-se as veiculações. Vide Seção III.5 Dos Serviços de Criação, Produção e Veiculação.

c) Com base no item 'h', descrever quais foram os serviços prestados diretamente pela empresa SMP&B Comunicação Ltda.

37. Os serviços prestados diretamente pela SMP&B podem ser vistos no Apêndice A e estão resumidos a seguir:

(...)

IV.3 Quesitos da Defesa

3) Em um contrato firmado com uma agência de publicidade e propaganda, relativa a conta de publicidade e propaganda, seja de um órgão público, seja de uma empresa privada, é da rotina operacional do contrato a terceirização dos serviços contratados, especialmente as atividades de produção e veiculação? Essas duas atividades correspondem, em geral, a qual percentual dos serviços contratados?

39. Com relação aos órgãos públicos, sim. O Acórdão 2062/2006 (Plenário – TCU) consolidou os trabalhos de auditoria realizados na área de publicidade e propaganda, no exercício de 2005, em 17 órgãos e entidades da administração pública federal. Além de apresentar resumo das principais irregularidades detectadas, a análise visou à identificação de falhas de caráter generalizado que pudessem revelar a necessidade de aprimoramento da sistemática dessas contratações. Dentre as principais falhas/irregularidades detectadas estão a 'intermediação desnecessária da agência (pagamentos sem contrapartida de serviços prestados)'. Abaixo, alguns trechos do referido Acórdão que merecem destaque:

(...)

4) O contrato (CD/SMP&B nº 2003/2004, de 31/12/2003) admitia pudesse haver terceirização de serviços?

COPIA - SIF/AP470 - CPF 84321351491 - 12/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

40. Sim. Conforme o item 9.7 do edital, verbis: '9.7 A CONTRATADA poderá subcontratar outras empresas, para a execução parcial do objeto como um todo e haja anuência prévia, por escrito, da CONTRATANTE, após avaliada a legalidade, adequação e conveniência de permitir-se a subcontratação. ressaltando-se que a subcontratação não transfere responsabilidades a terceiros nem exonera a CONTRATADA das obrigações assumidas, nem implica qualquer acréscimo de custos para a CONTRATANTE'.

5) O contrato (CD/SMP&B n° 2003/2004, de 31/12/2003) estabelecia algum limite (quantitativo, qualitativo ou de percentual) para a terceirização de serviços?

41. O contrato não estabeleceu limite para subcontratações.

6) O Sr. Perito pode distinguir, na execução do contrato, em relação as peças de publicidade e propaganda, quais serviços são de criação, quais serviços são de produção e quais serviços são de veiculação?

42. É possível distinguir os serviços de veiculação, os serviços prestados diretamente pela SMP&B e os serviços terceirizados. Esses dois últimos sem distinção entre criação e produção. Vide Seção III.5 Dos Serviços de Criação, Produção e Veiculação.

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

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

43. Com relação aos quesitos 7 e 8, vide as considerações da Seção III.5 Dos Serviços de Criação, Produção e Veiculação sobre as dificuldades em se distinguir os serviços de criação e produção. No

COPIA - SIEAF 470 - CPF 184.293.148-92 12/12/2013 18:51:32



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

entanto, de acordo com a Tabela 6, constata-se, pelo valor dos custos internos incorridos, que a participação da SMP&B foi de 2,32% com relação a todos os serviços produzidos, ou seja, 97,68% dos serviços, independentemente da distinção entre 'criação' e 'produção', foram terceirizados, sem considerar os serviços de veiculação. Além disso, do total pago à SMP&B referente ao ressarcimento de seus custos internos (Tabela 7), R$ 12.372,56 se referem a serviços prestados para a realização de seminários ou exposições e R$ 4.718,44 se referem à 'produção' ou 'criação' de serviços voltados para as campanhas publicitárias 'Plenarinho', 'Institucional' e 'Visite a Câmara' veiculadas nos diversos meios de comunicação, conforme tabela abaixo. Dessa forma, a participação percentual da SMP&B na prestação de serviços de criação ou de produção em relação às peças de publicidade e propaganda foi ínfima.

9) Na execução do contrato, em relação as 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

COPIA - SIFAP470 - CPF 68482635149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

correspondem aos honorários líquidos recebidos em função dos serviços terceirizados, conforme tabela 6.

11) Na execução do contrato (CD/SMP&B n° 2003/204,0, de 31/12/2003), em relação aos custos, quais os percentuais das despesas realizadas, com as atividades de criação, de produção e de veiculação das peças de publicidade e propaganda?

46. Os serviços de veiculação correspondem a 65,53%. Os serviços de criação e produção correspondem a 34,47%, indistintamente" (fls. 34931 a 34939 dos autos).

Veja-se, ainda, o que previsto no Edital 11/2003, in verbis:

"9.7 A CONTRATADA poderá subcontratar outras empresas, para a execução parcial do objeto como um todo e haja anuência prévia, por escrito, da CONTRATANTE, após avaliada a legalidade, adequação e conveniência de permitir-se a subcontratação, ressaltando-se que a subcontratação não transfere responsabilidades a terceiros nem exonera a CONTRATADA das obrigações assumidas, nem implica qualquer acréscimo de custos para a CONTRATANTE".

Nesse mesmo sentido foi a conclusão do Tribunal de Contas da União:

"(...)

18. A propósito, cumpre registrar o seguinte excerto dos esclarecimentos prestados pelo Sr. Diretor-Geral da Câmara dos Deputados (fl. 1924 vol. 13):

'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 campanhas institucionais, verifica-se quando da veiculação. Nesse sentido, pode-se afirmar sem medo de errar, que a maior e mais significativa parte dos recursos empregados foram, na verdade, repassados às TV abertas, rádios e jornais, ou seja, as ditas mídias que veicularam as campanhas decorrentes do trabalho

COPIA - SIFAR420 - CPF 28482535149 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064

intelectual formulado sob a supervisão e responsabilidade técnica, direta ou indireta, da contratada.

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

19. Dessa forma, observa-se que o contrato examinado apenas exemplifica a situação identificada pelo Tribunal nas contratações de mesma natureza realizadas pela Administração Pública, nas quais as agências de publicidade são intermediárias das contratações com terceiros de qualquer ação publicitária da Administração. No entanto, cumpre destacar a respeito do contrato em tela a conclusão da Unidade Técnica de que as informações prestadas pelo Sr. Diretor Geral da Câmara dos Deputados foram suficientes para demonstrar a ausência de irregularidade nos atos de gestão analisados, o que me leva a considerar esclarecida a questão" (fls. 40358/40359 do v. 188).

Ante o exposto, **julgo igualmente improcedente a acusação e absolvo o réu João Paulo Cunha da imputação de peculato** (art. 312 do CP), por 2 (duas) vezes, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal." (fl. 53.281/53.287).

No caso desta condenação, também os doutos votos dispensam acréscimos e, pelas razões neles constantes, aguarda-se a absolvição do Embargante como medida de **JUSTIÇA**!

São Paulo, 2 de dezembro de 2013.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

OAB/SP n. 65.371

COPIA - SIFEAP 470 CPF 84826354049 - 02/12/2013 18:51:52



Av. Angélica, 688 11º andar Cj. 1111 São Paulo SP Cep 01228-000 Tel/Fax: 11 3822-6064