

REVISÃO CRIMINAL 5.450 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
REVISOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S) : RAMON HOLLERBACH CARDOSO
ADV.(A/S) : ESTEVÃO FERREIRA DE MELO E OUTRO(A/S)
REQDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

DECISÃO

1. Trata-se de revisão criminal apresentada por **RAMON HOLLERBACH CARDOSO** em que se objetiva a desconstituição parcial do provimento condenatório produzido por este Tribunal Pleno em sede da Ação Penal 470/DF. O autor sumariou os limites do objeto da revisão criminal (fl. 3):

“Busca-se, neste momento, a revisão do julgado para fins de absolvição ou, caso rechaçado o primeiro pedido, de revisão da pena privativa de liberdade, quanto aos seguintes tópicos da denúncia, que geraram a condenação do Peticionário:

Item III.1 da denúncia:

b.2) Imputação e condenação pela prática do crime tipificado no art. 312 do Código Penal, consistente no suposto desvio de R\$ 536.440,55 relativo a contrato firmado com a Câmara dos Deputados.

Pena aplicada: 03 (três) anos de reclusão e 180 (cento e oitenta) dias-multa, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada.

Item III.2 da denúncia:

b) Imputação e condenação da prática do crime tipificado no art. 312 do Código Penal, consistente no desvio de R\$ 2.923.686,15, relativo a desconto de agência em relação a contrato firmado com o Banco do Brasil.

Item III.3 da denúncia:

c.2) Imputação e condenação pela prática do crime tipificado no art. 312 do Código Penal (recebimento, em quatro vezes, de R\$ 73.851.356,18 de verbas destinadas à publicidade

RvC 5450 / DF

Visa-Ourocard do Banco do Brasil pelo Fundo Visanet);

Pena aplicada, na forma do art. 71 do Código Penal: 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 190 (cento e noventa) dias-multa, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada. “

O pedido formulado é o seguinte:

“a) Preenchidos os pressupostos legais, seja deferido o processamento desta Revisão Criminal;

b) Nos termos do art. 266 do RISTF, seja deferido o pedido de produção da prova testemunhal requerida no tópico n. 9;

c) Ao final, nos termos do art. 626 do Código de Processo Penal, seja deferido o pedido revisional, para:

c1) quanto à condenação por peculato (item III.1, alínea b.2 da denúncia), que seja Ramon Hollerbach Cardoso absolvido, nos termos constantes no tópico 7 desta petição, com espeque no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal.

c2) quanto à condenação por peculato (item III.2, alínea b da denúncia), que seja Ramon Hollerbach Cardoso absolvido, nos termos constantes no tópico n. 5 desta petição, com espeque no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal, ou, ainda, pelo reconhecimento da inexistência da autoria delitiva, nos termos constantes no tópico n. 6 desta petição, com fundamento no artigo 386, inciso IV ou inciso V do mesmo diploma legal.

c3) quanto à condenação por peculato (item III.2, alínea c.2 da denúncia), que seja Ramon Hollerbach Cardoso absolvido, nos termos constantes no tópico n. 4 desta petição, com espeque no artigo 386, inciso I ou inciso II, do Código de Processo Penal, ou, ainda, pelo reconhecimento da inexistência da autoria delitiva, nos termos constantes no tópico n. 6 desta petição, com fundamento no artigo 386, inciso IV ou inciso V do mesmo diploma legal.

c4) Em qualquer caso, se não acolhidos os pedidos contidos no item 'c', nos termos do tópico n. 10 desta petição, que, seja deferido em parte o pedido revisional para reduzir as

RvC 5450 / DF

reprimendas impostas para o mínimo legal.”

Apresento, introdutoriamente, relatório que precede a decisão adiante pronunciada.

Antes de haurir, para os devidos fins, os termos da revisão criminal pleiteada, reputo conveniente explicitar circunstâncias da AP 470/DF cuja compreensão pode contribuir para o deslinde do pleito revisional. Tomo a liberdade de esmiuçar alguns aspectos da ação penal em apreço a fim de examinar o pedido revisional e seu cabimento. Averbo que os autos da AP 470/DF contam com **315 (trezentos e quinze) volumes**, que resultam em aproximadamente 71.248 (setenta e um mil, duzentas e quarenta e oito) páginas.

Acerca do contexto, em linhas gerais, dos fatos apurados na mencionada Ação Penal, reproduzo trecho da denúncia formulada naqueles autos:

“(…) todos **os graves delitos** que serão imputados aos denunciados ao longo da presente peça **têm início com a vitória eleitoral de 2002 do Partido dos Trabalhadores no plano nacional e tiveram por objetivo principal, no que concerne ao núcleo integrado por JOSÉ DIRCEU, DELÚBIO SOARES, SÍLVIO PEREIRA e JOSÉ GENOÍNO, garantir a continuidade do projeto de poder do Partido dos Trabalhadores, mediante a compra de suporte político de outros Partidos Políticos e do financiamento futuro e pretérito (pagamento de dívidas) das suas próprias campanhas eleitorais.** (...) Nesse ponto, e com objetivo unicamente patrimonial, o até então obscuro empresário **MARCOS VALÉRIO aproxima-se do núcleo central da organização criminosa (JOSÉ DIRCEU, DELÚBIO SOARES, SÍLVIO PEREIRA e JOSÉ GENOÍNO) para oferecer os préstimos da sua própria quadrilha (RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO DE MELLO PAZ, ROGÉRIO TOLENTINO, SIMONE VASCONCELOS e GEIZA DIAS DOS SANTOS) em troca de vantagens patrimoniais no Governo Federal**” (5.621-5.622,

RvC 5450 / DF

grifei).

A esse respeito, complementou, na ocasião do julgamento da pretensão acusatória, o eminente Min. Joaquim Barbosa, Relator da aludida Ação Penal:

“Além disso, teria sido necessário contar com os réus KÁTIA RABELLO, JOSÉ ROBERTO SALGADO, VINÍCIUS SAMARANE e AYANNA TENÓRIO, os quais, **no comando das atividades do Banco Rural, juntamente com o Sr. José Augusto Dumont, falecido em abril de 2004, teriam criado as condições necessárias para a circulação clandestina de recursos financeiros entre o núcleo político e o núcleo publicitário**, através de mecanismos de lavagem de dinheiro, que permitiriam a tais réus o pagamento de propina, sem que o dinheiro transitasse por suas contas.” (fls. 51.787-51.788, *grifei*)

RAMON HOLLERBACH CARDOSO, segundo o consolidado no acórdão condenatório, juntamente com **CRISTIANO DE MELLO PAZ**, comandava, em um primeiro momento, a empresa **SMP&B Comunicação**. Em seguida, sem exclusão dos aludidos sócios, o também condenado **MARCOS VALÉRIO** ingressou na referida sociedade empresária. Tais agentes ainda compunham o quadro societário da Graffiti Participação que, por sua vez, integrava a empresa **DNA Propaganda**. Consta dos autos que as empresas Graffiti Participação e SMP&B Comunicação funcionavam no mesmo endereço.

Como se verá adiante, contratos celebrados entre a Administração Pública e as empresas SMP&B Comunicação e a DNA Propaganda consubstanciam o cenário em que os delitos de peculato e corrupção teriam ocorrido. Tais avenças teriam sido constituídas com a finalidade de propiciar o repasse de vantagens indevidas em favor de agentes políticos.

No seio da AP 470/DF, foram objeto de imputação diversos fatos que, na ótica da acusação, consubstanciarium infração penal. Considerando a extensão e amplitude da referida Ação Penal originária, cinjo-me, nesta

RvC 5450 / DF

ocasião, a relatar com detalhamento *quantum satis* as acusações que originaram as condenações que ora são impugnadas.

Adentremos, pois, a essa seara.

2. PECULATO RELATIVO A CONTRATO CELEBRADO ENTRE A CÂMARA DOS DEPUTADOS E A EMPRESA SMP&B COMUNICAÇÃO (ITEM III.1 DA DENÚNCIA).

Nesse ponto, o Relator assim sintetizou a imputação:

“No caso da Câmara dos Deputados, MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH respondem pela prática do **crime de corrupção ativa** (art. 333 do Código Penal), materializado no **pagamento de R\$ 50.000,00 ao Sr. JOÃO PAULO CUNHA, no dia 4 de setembro de 2003, em razão do cargo por ele ocupado.**

Por esse mesmo fato, o Sr. JOÃO PAULO CUNHA é acusado da prática do crime de **corrupção passiva** (art. 317 do Código Penal), por ter recebido vantagem indevida em razão do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados, e de lavagem de dinheiro (art. 1º, V, da Lei 9.613/98), por ter se utilizado de mecanismos para ocultar a origem, movimentação, localização e propriedade dos R\$ 50.000,00 recebidos em espécie.

Ainda no tópico da Câmara dos Deputados (subitem III.1), **os réus são acusados da prática de crimes de peculato por meio do contrato firmado entre a SMP&B e a Câmara dos Deputados, datado de 31 de dezembro de 2003, mediante licitação do tipo “melhor técnica”.**

Dois são os **desvios** narrados na denúncia.

O **primeiro** ocorreu pelo **expressivo volume de subcontratações, baseadas em autorizações do Sr. JOÃO PAULO CUNHA**, que reduziram a participação da SMP&B a 0,1% do total contratado. Para o Procurador-Geral da República, essa foi a **forma de transferir, indevidamente, recursos públicos para a agência dos réus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH.** O dispêndio contratual efetuado através da SMP&B somou R\$

RvC 5450 / DF

10.745.902,25, embora a agência tenha prestado serviços referentes a apenas R\$ 17.091,00. O Procurador-Geral da República concluiu ter havido **desvio de R\$ 1.077.857,81, equivalente ao montante de honorários pagos indevidamente à agência sobre serviços de terceiros.**

O segundo desvio, **imputado apenas ao Sr. JOÃO PAULO CUNHA**, deu-se pela contratação direta de seu assessor, Sr. Luís Costa Pinto, no âmbito do contrato publicitário da SMP&B com a Câmara dos Deputados. O Sr. Luís Costa Pinto havia prestado serviço de marketing político para JOÃO PAULO CUNHA, entre dezembro de 2002 e fevereiro de 2003, durante sua campanha para a Presidência da Câmara. Acusa-se, no caso, o réu JOÃO PAULO CUNHA de, pelo mecanismo da subcontratação da empresa IFT, de propriedade do Sr. Luís Costa Pinto, ter utilizado recursos públicos em proveito próprio, para manter o serviço de assessoria direta que lhe vinha sendo prestado." (fls. 52.258-52.259 - *grifei*)

A revisão pleiteada, no contexto do contrato celebrado com a Câmara dos Deputados, cinge-se ao **primeiro peculato**. Vale dizer, toca ao apontado desvio de recursos públicos mediante repasse indevido de honorários em favor da empresa SMP&B Comunicação. Recorro, novamente, ao voto do Relator:

"No caso, o crime de peculato se consumou porque o papel da SMP&B, durante todo o período de execução do contrato 2003/204.0 com a Câmara, foi, em essência, o de mera recebedora de honorários." (fls. 52.286-52.287)

Articula-se a ausência de coincidência entre os valores objeto de desvio descritos pela defesa e no voto do relator. O montante suscitado pela defesa (R\$ 536.440,55) corresponde ao indicado na denúncia, sendo que o descrito no voto do Relator (R\$ 1.077.857,81) parte da quantia indicada pelo Procurador-Geral da República em sede de alegações finais, em razão de alegada aferição superveniente.

RvC 5450 / DF

Essa assimetria é objeto de questionamento afeto à dosimetria da pena; este tópico será exposto adiante, com exame que faço nesta decisão no momento oportuno. Este registro deixo assentado aqui, mesmo ao início, somente para, desde logo, elucidar essa circunstância e apontar fatos narrados.

3. PECULATO RELATIVO A CONTRATO CELEBRADO ENTRE O BANCO DO BRASIL E A DNA PROPAGANDA – BÔNUS DE VOLUME (ITEM III.2 DA DENÚNCIA).

No contexto do Item III.2 da denúncia, o Min. Joaquim Barbosa enfatizou em seu voto o fato atinente à corrupção associada a HENRIQUE PIZZOLATO, então Diretor de Marketing do Banco do Brasil S/A. Ainda que essa condenação não seja neste feito processual objeto de impugnação, trata-se de episódio relevante para compreensão do cenário delituoso, na medida em que a vantagem indevida que espelha a infração de corrupção teria sido repassada no contexto da realização dos delitos de peculato. Confira-se:

“Segundo a denúncia, o Sr. HENRIQUE PIZZOLATO recebeu, em razão do cargo de Diretor de Marketing do Banco do Brasil, o montante de R\$ 326.660,67, no dia 15 de janeiro de 2004, oriundos de cheque DNA Propaganda, que mantinha contrato com a entidade pública em que o acusado exercia suas funções. O dinheiro foi recebido em espécie, por mecanismos de ocultação e dissimulação da natureza, origem, movimentação, localização e propriedade do dinheiro.

Os acusados MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH respondem, paralelamente, pela prática do crime de corrupção ativa (item III.3, c.1), por terem pago vantagem indevida ao Diretor de Marketing do Banco do Brasil, tendo em vista a prática de atos de ofício em seu benefício, durante a execução do contrato de publicidade firmado entre sua agência e o Banco.” (fl. 52.325, *grifei*)

RvC 5450 / DF

Sobre a matéria ora impugnada (peculato), o Relator assim sintetizou a imputação:

“Os réus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH e o ex-Diretor de Marketing do Banco do Brasil, HENRIQUE PIZZOLATO, são acusados de ter **desviado valores concernentes ao bônus de volume, no âmbito do contrato firmado entre o Banco do Brasil e a agência DNA Propaganda, controlada por MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH. O desvio teria somado R\$ 2.923.686,15 (subitem III.2 da denúncia).**” (fl. 52.259, *grifei*)

Nesse ponto, assim concluiu o Relator:

“Como se vê, a DNA Propaganda não fazia jus à remuneração a título de bônus de volume porque era o próprio Banco quem negociava a compra do serviço de veiculação, unindo-se a outros parceiros para obter melhores preços.

Além disso, consta da Informação Técnica 063/2010 (fls. 38.523/38.528, volume 179), em complemento ao Laudo 1870/2009, que este exame “foi taxativo na verificação de que **todas as cobranças dos referidos Bônus de Volume–BV deveriam ter sido restituídas pela DNA Propaganda Ltda. ao Banco do Brasil, por força contratual**” (fls. 38.525).

A apropriação dos valores pela DNA Propaganda consistiu, portanto, crime de peculato.

Vale destacar que o acolhimento da argumentação da defesa, de que se tratava de uma “comissão” a que a agência tinha direito pelo volume total de serviços por ela contratados com os veículos de mídia, não conduz à descaracterização da prática criminosa, já que **a maior parte dos bônus de volume de que a DNA Propaganda se apropriou não estava relacionada à veiculação** (Laudo 1870/2009, fls. 34.843/34.858). Por exemplo, há referência à aquisição de “conjuntos para

RvC 5450 / DF

escritório”, pelos quais a DNA recebeu a devolução de R\$ 102.416,40 a título de bônus de volume, e deles se apropriou (Laudo 1870/2009, fls. 34852).

Com isso, mesmo excluídos os bônus de volume oriundos da contratação de serviços de divulgação, a DNA Propaganda também desviou bônus de volume relativos a outros serviços subcontratados, totalizando o montante de R\$ 2.504.274,88 (Apenso 83, volume 2, fls. 386).” (fls. 52.328-52.329, grifei)

Arremata o Relator:

“No caso, ficou comprovado que a DNA Propaganda se apropriou de recursos que deveriam ter sido transferidos ao Banco do Brasil, por expressa disposição contratual, que era clara e literal a respeito da natureza pública desses recursos.” (fl. 52.333)

4. PECULATO RELATIVO A CONTRATO CELEBRADO ENTRE O BANCO DO BRASIL E A EMPRESA DNA PROPAGANDA – FUNDO VISANET (ITEM III.3 DA DENÚNCIA).

Com relação a esse aspecto da denúncia, pontuou em seu voto o eminente Relator:

“O segundo desvio envolveu verbas de publicidade do Banco do Brasil, oriundas do Fundo de Incentivo Visanet. No caso, o réu HENRIQUE PIZZOLATO, no exercício do cargo de Diretor de Comunicação e Marketing do Banco do Brasil, comandou quatro repasses para conta bancária da DNA Propaganda, que totalizaram R\$ 73.851.536,18 (setenta e três milhões, oitocentos e cinquenta e um mil, quinhentos e trinta e seis reais e dezoito centavos), dois deles em 2003 (maio e novembro) e outros dois em 2004 (fevereiro e maio), antecipadamente à prestação de qualquer serviço pela agência e

RvC 5450 / DF

sem previsão da transferência desses recursos no contrato de publicidade da DNA com o Banco do Brasil.” (fl. 52.259)

Complementou o Min. Joaquim Barbosa:

“Os repasses milionários à agência controlada por MARCOS VALÉRIO e seus sócios foram determinados por meio de Notas Técnicas comandadas pela Diretoria de Marketing do Banco do Brasil, no uso dos recursos da instituição, como acionista do Fundo.

Portanto, quem pagou à DNA Propaganda foi o Banco do Brasil, e não a Visanet, que foi mera repassadora desses recursos do Banco.

(...)

No caso, os depósitos de R\$ 73.851.536,18 na conta da DNA Propaganda só ocorreram porque assim determinou o réu HENRIQUE PIZZOLATO, responsável maior pela verba de marketing e publicidade do Banco do Brasil, em razão do cargo que ocupava.

Assim, HENRIQUE PIZZOLATO agiu com o dolo de beneficiar a agência representada por MARCOS VALÉRIO, que não havia prestado qualquer serviço em prol dos cartões do Banco do Brasil de bandeira Visa, tampouco tinha respaldo contratual para fazê-lo. De fato, o contrato entre a DNA Propaganda e o Banco do Brasil não fazia qualquer alusão à Visanet (fls. 45/71, Apenso 83, vol. 1).

(...)

Com efeito, os auditores constataram que o réu HENRIQUE PIZZOLATO violou as normas internas do Banco do Brasil e, **sem submeter suas decisões às alçadas competentes e aos órgãos de controle interno, determinou os repasses antecipados de recursos da ordem de R\$ 73.851.536,18 para as contas controladas pela DNA Propaganda, sabendo que não havia previsão contratual para fazê-lo.”** (fls. 52.356-52.357, grifei)

RvC 5450 / DF

5. ARGUMENTOS VEICULADOS NESTA REVISÃO CRIMINAL.

Passo a sintetizar os argumentos articulados pelo autor. Para tanto, adoto forma de exposição semelhante à empregada na petição inicial, desdobrando-os como segue:

5.1. Linhas gerais.

Sustenta-se, nesse horizonte, que:

i) Com *“a absolvição dos réus quanto ao crime de quadrilha, ficou definitivamente rechaçada a tese do suposto mensalão, pois reconhecido que nunca houve uma união estável e duradoura”* (fl. 3). Acrescenta que a forma de condução do julgamento *“sugeriu que haveria uma ordem lógica quanto aos recursos supostamente direcionados à corrupção, que teriam origem inicial na SMP&B e na DNA, sendo esta lógica quebrada quando da absolvição quanto à imputação de quadrilha”* (fls. 6-7);

ii) O fatiamento do julgamento, sugerido pelo Relator e adotado, por maioria, pelo Plenário, causou prejuízo ao autor. Acarretou, ainda na sua ótica, *“confusão entre empresas (a SMP&B não é a DNA)”*, além de gerar a *“crença de que a condenação pelos crimes de peculato se fazia necessária ao posterior reconhecimento dos delitos de corrupção”* (fl. 5).

5.2. Fundamentos associados ao item III.3 da denúncia (peculato: Fundo Visanet – Banco do Brasil e DNA Propaganda).

Aqui suscita-se que:

i) O autor jamais atuou como administrador da DNA Propaganda, pois apenas era sócio da empresa Grafitti Participação que, por sua vez, integrava o quadro societário da DNA Propaganda.

Igualmente não era responsável pela área financeira da DNA Propaganda, o que é compatível com o contrato social que atribuía essa função a MARCOS VALÉRIO.

Apenas integrava o Conselho de Cotistas, o que não permite lhe conferir responsabilidade de gestão. Traça, nesse sentido, comparação com sociedades de capital aberto, em que os acionistas, embora

RvC 5450 / DF

participem de assembleias, não são responsabilizados por eventuais atos praticados pelos gestores (fl. 8);

ii) O Fundo Visanet detém natureza privada, já que seus recursos não integram o patrimônio do Banco do Brasil S/A (fl. 8);

iii) Como não desempenhava funções de gestão na DNA Propaganda, não foi possível, no âmbito da AP 470/DF, aprofundar a análise das finanças da referida agência.

Após a condenação, a defesa do autor, em conjunto com a defesa de CRISTIANO DE MELLO PAZ, buscou documentos a fim de analisar a contabilidade da empresa.

Foram coletados documentos (alguns constantes dos autos da AP 470/DF, outros não, embora inexista apontamento específico e individual dessa distinção), posteriormente remetidos a perito contratado pela defesa (fl. 9). Em suma, o exame pericial concluiu que restou comprovada, com base em documentos, *“pagamentos efetuados pela DNA a prestadores de serviços de propaganda e publicidade por conta e ordem do Banco do Brasil”*.

Ademais, *“com base no trabalho elaborado, Ramon Hollerbach Cardoso e Cristiano de Mello Paz passaram a uma segunda etapa: expediram diversas notificações extrajudiciais aos fornecedores, informando que o dinheiro havia sido depositado na conta e solicitando a confirmação do recebimento e da efetiva prestação dos serviços (as notificações extrajudiciais encontram-se no Anexo 03 desta Revisão Criminal, juntamente com as respectivas respostas, nos casos em que houve o retorno).”* Argumenta-se que *“diversas respostas satisfatórias já são mais do que suficientes para provar que o argumento principal que levou à condenação - (distribuição graciosa de quase R\$ 74 milhões em verbas provenientes do fundo Visanet) - não pode subsistir (fi. 51.791)”* (fl. 11).

Arremata que os *“documentos novos ora acostados comprovam que no mínimo 89,05% dos R\$ 73.851.356,18 foram gastos com publicidade, tudo devidamente documentado”* (fl. 12). Mais do que isso, *“nem mesmo a perícia oficial que dá suporte ao acórdão afirmou categoricamente que os serviços não foram prestados”* (fl. 40).

Enfatiza que *“sequer sabia do paradeiro dos documentos comprobatórios*

RvC 5450 / DF

da prestação de serviços, porque não ditava os rumos da agência DNA Propaganda” (fl. 12).

Conclui que esse cenário demonstra “que a tese da acusação, acolhida por esta Corte, de que houve uma indevida antecipação de recursos, sem a contraprestação de serviços, deixa de subsistir quando se prova que houve a efetiva prestação de serviços publicitários” (fl. 13);

iv) A “própria denúncia afirmou que a prática da antecipação de recursos era comum e já teria sido realizada anteriormente” (fl. 13), bem como que, no contexto dos contratos de publicidade celebrados pelo Banco do Brasil, “até 2002, a antecipação era para a prestação de serviços específicos”, sendo que, a “partir de 2003, a antecipação era global e posteriormente os serviços eram discriminados” (fl. 14).

Não obstante, mesmo diante de tal proceder constituir prática comum, o Ministério Público “nunca denunciou os gestores de outras agências de publicidade” (fl. 14).

Em suma, “o que se traz a este Supremo Tribunal Federal, neste momento, são documentos que comprovam de forma satisfatória a prestação dos serviços de publicidade” (fl. 14). Por conseguinte, o “que há de novo, nesta Revisão Criminal, são as notas fiscais emitidas pelos diversos prestadores de serviços (e não pela DNA) e os comprovantes de prestação de serviços, até a comprovação de 89,05% da destinação dos recursos” (fl. 18).

Complementa que, agora, “Ramon Hollerbach prova, por meio de documentos, que os serviços foram prestados: traz não só os JOBs com a descrição dos serviços, como as notas fiscais dos fornecedores/prestadores de serviços e ainda comprova que os recursos saíram das contas da DNA e aportaram nas contas destes fornecedores/prestadores de serviços que emitiram as notas fiscais” (fl. 14);

v) Em relação às notas fiscais examinadas por experts no bojo da AP 470/DF, assevera-se que o “laudo não explica de forma satisfatória as razões que levaram os doutos peritos a concluir pela falsidade das notas fiscais (tudo o que se diz é que foram impressas de forma supostamente não autorizadas), afinal, é incontroverso que (a) os recursos foram efetivamente transferidos à DNA e (b) as notas técnicas foram emitidas pelo Banco do Brasil” (fl. 15).

RvC 5450 / DF

Assim, “com os novos documentos trazidos à baila pela defesa, é possível reinterpretar as provas dos autos, para facilmente concluir que as quatro notas técnicas não são ideologicamente falsas, mas apenas representam uma modificação no procedimento de utilização da verba oriunda do Fundo Visanet: primeiro, recebeu-se os recursos antecipadamente, após, foram prestados os serviços, gradualmente” (fl. 16);

vi) A DNA nunca foi processada civilmente para fins de ressarcimento, outro aspecto a reforçar a efetiva prestação dos serviços, de modo que “nem a Visanet ou o BB tiveram a intenção de requerer a restituição dos valores, porque é óbvio que caso assim procedessem, seriam litigantes de má-fé em busca de enriquecimento ilícito” (fl. 16). Em sentido semelhante, promove a juntada de imagens que, na sua ótica, comprovariam a prestação dos serviços de publicidade;

vii) Se “os serviços foram prestados, a ausência de contrato implicaria, no máximo, em irregularidade. Fato é que, ainda que de forma anômala, existiu a relação jurídica, sendo que esta anomalia não pode isoladamente ser interpretada como crime” (fl. 28). Além disso, “a ausência de contrato escrito não pressupõe a falta de contrato”, sendo que “não há como dizer que a falta de formalização do contrato gerou o desvio e/ou apropriação dos recursos” (fl. 30)

viii) O recebimento antecipado não contrariava o Regulamento Visanet, sendo que “as quatro notas técnicas não eram falsas, porque cada uma delas estava ligada a uma Proposta de Ações de Incentivo (JOB)” (fl. 29);

ix) Conclui a defesa que “deixa de subsistir o ponto central da acusação e que fundamentou a condenação: o de que a relação entre BB, Visanet e DNA era destinada ao desvio de recursos para fins de alimentar um suposto esquema de corrupção” (fl. 45).

5.3. Fundamentos associados ao item III.2 da denúncia (peculato: Banco do Brasil e DNA Propaganda – bônus de volume).

Neste norte apreende-se da pretensão argumentos a seguir descortinados e sintetizados.

i) Aponta-se a descoberta de novas provas, bem como que o julgamento teria contrariado a evidência dos autos, o que legitimaria o

RvC 5450 / DF

afastamento do juízo condenatório;

ii) A Teoria Monista (art. 29, CP) permite concluir que todos os agentes que contribuem para o fato delituoso, em regra, incidem em idêntico tipo penal, sendo que, a teor do art. 30, CP, as circunstâncias pessoais que constituam elementares do crime comunicam-se aos demais agentes;

iii) HENRIQUE PIZZOLATO, então Diretor de Marketing do Banco do Brasil, é o único funcionário público ao qual foi imputada a prática do peculato em apreço. Esse cenário indicaria que **RAMON** apenas poderia responder pela infração funcional nas mesmas condições em que o agente público.

Em suma, *“se o então Diretor de Marketing foi condenado por peculato-desvio, Ramon só poderia ter concorrido para a prática deste mesmo delito, e nunca praticado, autonomamente, o peculato-apropriação”* (fl. 49);

iv) A denúncia imputou a HENRIQUE PIZZOLATO a prática de peculato na modalidade desvio. Entretanto, na ocasião do exame da situação processual de **RAMON**, diversos Ministros assentaram a condenação sob a ótica de apropriação de valores, a denotar, na ótica da defesa, a ausência de plena simetria entre as condutas do *intraneus* e *extraneus* e violação ao Princípio da Correlação;

v) Os embargos de declaração opostos em relação a essa circunstância foram rejeitados pelo Colegiado. Referido acórdão, em que se afirma que o delito foi praticado na modalidade desvio, na visão da defesa, constituiria documento novo (fl. 49);

vi) Acerca do *iter criminis*, argumenta que o dinheiro *“primeiro saía do Banco do Brasil. Após, a agência DNA recebia o dinheiro e pagava os fornecedores/ prestadores de serviço. Com o pagamento da prestação de serviços, o dinheiro entrava na conta das empresas fornecedoras/prestadoras de serviço. Após, ante a emissão de nota fiscal, voltava para a conta da DNA, a título de bonificação de volume”* (fl. 49).

Mais do que isso:

“(...) foi reconhecido pelo plenário que o dinheiro saiu do caixa do Banco do Brasil sob a necessidade de pagamento dos

RvC 5450 / DF

serviços prestados. Isso significa, de forma inconteste, que **no momento de saída dos valores do caixa do BB, não havia qualquer irregularidade. A destinação dos recursos era lícita.**

Inconteste também que **neste momento, nada poderia ser imputado a Henrique Pizzolato**, porque, ao contrário do que diz a denúncia, ele **não tinha como saber que haveria a cobrança de bônus de volume, vez que a fatura que chegava ao Banco do Brasil não discriminava esses valores.**

Em seguida, a DNA emitia nota fiscal **sem o conhecimento do Banco do Brasil** e a empresa recebedora dos valores transferia o percentual relativo ao bônus de volume” (fl. 52).

vii) Nesse contexto, aponta-se a imprevisibilidade do agente público no que toca ao desvio supostamente realizado em momento posterior pelo agente particular, a subtrair a presença de dolo em seu agir. Esse cenário indicaria a atipicidade da conduta do funcionário público e, por consequência, de **RAMON**;

viii) *“Há dois fatores a serem analisados. O primeiro, já era conhecido: Henrique Pizzolato sequer foi acusado de quadrilha. O segundo é posterior e, portanto, fato novo, a justificar a revisão criminal: a tese de que havia o “mensalão” foi aniquilada com a absolvição da imputação de quadrilha (fl. 52)”, de modo que não prospera o argumento da acusação no sentido de que este era ‘um dos mecanismo para alimentar o esquema criminoso ora denunciado’ (fl. 53);*

ix) Segundo a denúncia, *“o crime de peculato teria se consumado no momento da saída dos recursos do Banco do Brasil, com o pagamento dos serviços de publicidade”, sendo que o voto condutor assenta que o “crime teria ocorrido quando da não devolução da quantia, e não quando do pagamento efetivado pelo Banco do Brasil”, de forma que “a incongruência é insuperável.” Ou seja, “a condenação se deu porque, na visão dos julgadores, o crime se consumou no momento da não devolução, quando o Diretor de Marketing do Banco do Brasil não mais detinha a posse direta ou, sequer, indireta dos bens” (fl. 53);*

RvC 5450 / DF

x) Não é possível atribuir ao agente público a prática de crime omissivo impróprio, em razão da inexistência de poder de agir e de evitabilidade do resultado. A mera posição de garantidor, portanto, não atende ao figurino contido no art. 13, CP;

xi) O *“então Diretor de Marketing não possuía capacidade concreta de ação, porque não conhecia a situação típica (ele não sabia que a DNA havia emitido as notas fiscais e nem que os prestadores de serviço haviam pago). Ademais, como não integrava a DNA, além de não ter acesso às notas fiscais, não possuía condições de participar da gestão financeira da empresa: a ele, Henrique Pizzolato, era impossível transferir os recursos ao Banco do Brasil”* (fl. 56);

xii) *“Poder-se-ia dizer que ao omitir-se como garantidor do bem jurídico tutelado, Pizzolato teria sido negligente”* (fl. 60), o que se coaduna com Relatório de Auditoria mencionado na denúncia e condenação;

xiii) *“Também é possível considerar o acórdão do TCU sobre serviços publicitários prestados à Caixa Econômica Federal por outra agência (anexo a esta petição - Documento 06) como documento novo, para fins de absolvição, tendo em vista tratar-se de um exemplo a respeito dos inúmeros casos semelhantes que chegaram à mais alta corte de contas do Brasil, no qual se reconheceu a aplicabilidade da nova lei aos fatos (Lei 12.231/10, art. 18)”*.

Acrescenta que *“os fatos foram reanalisados pelo TCU e lá se reconheceu que a integralidade dos valores se enquadrava no conceito do art. 18 da nova Lei”* (fl. 62). Nesse dimensão, faz o seguinte questionamento:

“Como fica a segurança jurídica em relação às demais agências, que continuam recebendo valores a título de bônus de volume? Devem seguir a orientação do TCU? Se assim fizerem, estarão certas, do ponto de vista administrativo, mas correrão o risco de serem condenadas criminalmente?” (fl. 62).

xiv) Conclui esse ponto afirmando que:

“A solução, certamente, é o deferimento da revisão criminal, quanto a este ponto, para absolver Ramon Hollerbach Cardoso, tendo em vista a atipicidade dos fatos, a teor do art. 626 c/c 386, inciso III do

RvC 5450 / DF

Código de Processo Penal, seja porque o fato, se em tese fosse criminoso, nunca poderia ser considerado peculato, pois a circunstância culposa descrita na denúncia - negligência - descrita na denúncia, não se comunica, seja porque as bonificações de volume eram efetivamente devidas” (fl. 62).

5.4. Fundamentos comuns aos itens III.2 e III.3 da denúncia (peculato: Banco do Brasil e DNA Propaganda – bônus de volume e Fundo Visanet).

Assevera-se aqui o seguinte:

i) **RAMON** não era dirigente, tampouco exercia função financeira na aludida agência. A ausência de autoria seria demonstrada com base em provas novas, bem como em decorrência do julgamento ter sido produzido em contrariedade à evidência dos autos;

ii) *“Quanto aos documentos novos, há a manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento dos embargos declaratórios, sendo certo que o voto proferido pelo Revisor em sede de declaratórios torna-se elemento novo, porque posterior ao julgamento do mérito, tendo os demais ministros optado por manter a condenação por entender que aquela matéria não haveria de ser objeto de debates naquele instante” (fl. 63)*

iii) *“O trabalho pericial trazido pela defesa nesta Revisão Criminal se faz acompanhar de milhares de documentos da agência DNA, e ali se percebe que apenas uma quantidade ínfima era assinada por Ramon Hollerbach, sempre na ausência de Marcos Valério, o que autoriza esta Corte a reanalisar as provas sob a ótica defensiva: Ramon nunca foi administrador da DNA Propaganda”, sendo que há equívoco na “citação de depoimento de Marcos Valério para fins de atribuir a Ramon Hollerbach a autoria delitiva relativa aos fatos relacionados à DNA”, na medida em que “o trecho do depoimento de Marcos Valério que menciona a participação de Ramon na administração refere-se exclusivamente à empresa SMP&B, e não à DNA” (fl. 63), de modo que há “erro na interpretação da prova”, ressaltando-se ainda que “a condição de administrador não se presume” (fl. 66);*

iv) O voto condutor, equivocadamente, mencionou a transferência de 400 mil reais para conta de titularidade de empresa de **RAMON**,

RvC 5450 / DF

informação que, após induzir em erro, “desapareceu quando da publicação oficial do acórdão” (fl. 69), circunstância que não teria sido devidamente esclarecida em sede de embargos de declaração (fls. 70 e 72);

v) Ministros afastaram a tese de tentativa de responsabilização objetiva de **RAMON** sob o argumento de que dois sócios foram excluídos da imputação. Ocorre que “há nos autos documentos que comprovam, justamente, que esses dois sócios (Francisco Castilho e Margareth Freitas) assinaram documentos relativos à relação havida entre a DNA e o BB” (fl. 72).

Além disso, “documentos acostados à perícia ora trazida e, portanto, novos, demonstram que Francisco Castilho e Margareth Freitas assinavam a quase a totalidade dos documentos, junto com Marcos Valério” (fl. 75);

vi) FRANCISCO CASTILHO prestou depoimento em outro feito, ocasião em que atestou que **RAMON** não desempenhava função de gestão na DNA PROPAGANDA. No bojo da AP 470/DF, o Procurador-Geral da República desistiu da inquirição dessa testemunha (fl. 73). Em sentido semelhante foi o depoimento de MARCOS VALÉRIO (fl. 74);

vii) A condenação deve ser revista, na medida em que “se funda em depoimentos de pessoas estranhas à DNA Propaganda, quando as declarações de dois dos sócios que efetivamente trabalhavam sequer foram consideradas pelo Relator, ainda que para que os seus depoimentos fossem rechaçados” (fl. 74);

viii) “Não existe uma única testemunha que ligue Ramon Hollerbach aos negócios tratados entre DNA e Banco do Brasil” (fl. 74), sendo que “só consta a assinatura de Ramon em documentos que tiveram finalidade lícita” (fl. 75);

ix) Quanto a documentos firmados pelo autor, aduz-se que “Ramon somente era chamado a assinar por procuração dada por Marcos Valério, sendo que, em relação de confiança própria de uma sociedade, nada era questionado” (fl. 75);

x) “Ramon nunca se reuniu, nunca conversou com nenhum funcionário e jamais pisou no Banco do Brasil” (fl. 79);

xi) Enfatiza o autor: “**Questiona-se aqui a interpretação dada ao livre convencimento motivado**” (fl. 79);

xii) Há equívoco na menção no sentido de que **RAMON** era um dos sócios responsáveis pela assinatura de livros contábeis da DNA

RvC 5450 / DF

Propaganda, já que a perícia que sustenta referida afirmação associava-se à agência SMP&B (fl. 80);

xiii) Conclui que, por tais razões, não restou comprovado que **RAMON** é autor dos fatos que motivaram sua condenação (fl. 82).

5.5. Fundamentos associados ao item III.1 da denúncia (peculato: Câmara dos Deputados e agência SMP&B Comunicação).

Assenta-se aqui o que segue:

i) Há nos autos auditoria realizada pela Secretaria de Controle Interno da Câmara dos Deputados, relatórios preliminar e final da SECEX/TCU, Acórdão do Tribunal de Contas da União (430/2008) e Laudo do Departamento de Polícia Federal (1947/2009). Desses documentos, o acórdão do TCU, baseado na SECEX/TCU, *“é amplamente favorável à defesa”* (fl. 82). Contudo, a conclusão do TCU foi desprezada, tendo em vista que seria decorrente *“tão somente de esclarecimentos do então Diretor-Geral da Câmara dos Deputados, Sr. Sérgio Sampaio Contreiras de Almeida, o qual ocupou a função durante a Presidência do Sr. JOÃO PAULO CUNHA no órgão legislativo”* (fl. 85).

Entretanto, *“não há respaldo legal nas insinuações de que as informações prestadas pelo Sr. Sérgio Sampaio Contreiras de Almeida não são dignas de credibilidade”* (fl. 86), cabendo mencionar que *“caso o órgão acusador entendesse que o Sr. Sérgio Sampaio tivesse faltado com a verdade, omitido ou fornecido informações, poderia tê-lo denunciado pela prática de crime de fraude processual (CP, art. 347), mas assim não o fez”* (fl. 86).

Nada obstante, *“o acórdão do TCU, ao contrário do afirmado, se funda em outras provas”* (fl. 87).

Nesse contexto, as demais provas documentais prevaleceram para o fim de sustentar a conclusão de que houve subcontratação de 99,9% do objeto contratual, sendo que *“resta, nesta Revisão Criminal, provar que os documentos que fazem essa assertiva (Relatório de Auditoria Interna da Câmara e Laudo 1.947) não podem subsistir”* (fl. 83).

Conclui que *“os peritos criminais erraram, porque louvaram-se em relatório da Secretaria de Controle Interno da Câmara dos Deputados, um órgão*

RvC 5450 / DF

jejuno na matéria, e desconsideraram os parâmetros adotados pela 3ª SECEX-TCU” (fl. 87);

ii) Embora o Relator mencione que o relatório confeccionado pelo TCU iria ao encontro da hipótese acusatória, tal conclusão referiu-se à constatação preliminar que apenas reproduz o relatório da Secretaria de Controle Interno da Câmara dos Deputados, sendo que, *“após análise aprofundada dos fatos, o TCU chegou a conclusão diversa”* (fl. 85).

Aliás, *“segundo afirma o TCU, o percentual de subcontratação chegou a 88,68%, algo perfeitamente normal na atividade publicitária, tendo em vista a natureza das atividades desenvolvidas. A propósito, várias são as testemunhas que comprovam esta assertiva, conforme mencionado no voto do Revisor”* (fl. 85).

Além disso, *“quando o TCU fala em 88,68% de terceirização, ele está a considerar os valores que foram dados em pagamento a outras empresas (veículos de mídia e fornecedores de produção), sendo que apenas a quantia restante é destinada à agência, como forma de remuneração pelos serviços prestados”* (fl. 85);

iii) Para comprovar a prestação dos serviços contratados *“são apresentados documentos novos - Anexo 04 (originais dos trabalhos publicitários impressos), Anexo 05 (Jornais em publicações originais, contendo o trabalho desenvolvido pela SMP&B), Anexo 06, em 02 volumes (JOBS internos da SMP&B que comprovam a atividade intelectual na prestação dos serviços), Anexo 07 (documentos internos da SMP&B com projetos de campanhas para a Câmara dos Deputados e resumos dos trabalhos feitos, Anexo 08, em 02 volumes (Notas Fiscais, acompanhadas de planilhas e gráficos), Anexo 09 (orçamentos, estimativas de gastos e metas) Anexo 10, em 07 Volumes (íntegra do procedimento licitatório e Anexo 1124 (mídias originais com os trabalhos prestados) -, os quais impõem a releitura das provas já existentes e demonstram que, caso os peritos do Instituto Nacional de Criminalística e a Secretaria Interna da Câmara os tivessem levado em consideração, o resultado do julgamento teria sido diverso, com a absolvição de Ramon Hollerbach Cardoso”* (fl. 84);

iv) Em *“documentos novos, a defesa traz notas fiscais que totalizam o faturamento de R\$ 8.413.322,10 em 2004 e R\$ 2.019.411,37 (Anexo 08 desta Revisão Criminal)”* (fl. 85);

RvC 5450 / DF

v) São esses os novos documentos que, quanto a este tópico, justificaria a procedência da revisão criminal (art. 621, III do CPP):

“a) íntegra do processo licitatório, que contém a proposta de prestação de serviços formulada pela SMP&B (Anexo 10, em 07 Volumes);

b) JOBs da SMP&B, que relatam o desenvolvimento dos serviços em conformidade com a demanda da Câmara (muitos, com rascunhos e trocas de mensagens entre os funcionários da empresa - Anexo 06);

c) Trabalhos desenvolvidos (CD's, DVD's, fitas VHS, publicações de em jornais, todos com os serviços prestados em conformidade com a proposta de prestação de serviços feitas no procedimento licitatório). Estes trabalhos estão em documentos originais. Ou seja, há a prova de que a atividade intelectual é da SMP&B (Anexos 004, 05 e 11).

d) Notas fiscais (Anexo 08).

e) Documentos internos da SMP&B com projetos de campanhas para a Câmara dos Deputados e resumos dos trabalhos feitos (Anexo 07);

f) Orçamentos, estimativas de gastos, prazos para cumprimento de trabalhos (Anexo 09).

g) E-mails das ex-funcionárias da agência SMP&B que comprovam a veracidade dos JOBs apresentados acima e a efetiva prestação de serviços (Documento 08, anexo a esta petição inicial).

h) Prêmios outorgados à SMP&B, destacando a atividade intelectual - participação da agência na prestação de serviços (Documentos 09, 10 e 11, anexos a esta petição).”

Aponta-se, ainda, prova oral a ser produzida;

vi) Indica que a SMP&B foi responsável pela criação do comercial “Turma do Plenarinho” (fl. 104) e pela campanha da “Feira do Livro” (fl. 109). Afirma, em relação à “Turma do Plenarinho”, que *“não há dúvidas que a atividade intelectual é da SMP&B, porque o serviço é semelhante à proposta apresentada na licitação”* (fl. 104);

RvC 5450 / DF

vii) “Os R\$ 948.338,41 foram remunerados pelos Veículos à SMP&B porque ela:

- Elaborou o planejamento de mídia sobre as pesquisas por ela adquiridas dos institutos de pesquisas, direcionando a mensagem publicitária para os horários, programas etc. assistidos pelo público-alvo, para aproveitamento efetivo do investimento feito pela Câmara, em mídia;

- Intermediou a aquisição de espaço/tempo;

- Supervisionou a distribuição da publicidade;

~ Fez o cheking final; e

~ Procedeu à cobrança da fatura do Veículo junto à Câmara”.

De tal modo, “a SMP&B não ganhou sem trabalhar e nem poderia trabalhar sem ganhar” (fl. 99). Logo, a agência atuou na criação e divulgação, descabendo potencializar a terceirização da produção, sendo que “a SMP&B trabalhou para ganhar cada real recebido, quer na fase de criação/produção (34,47%), quer na fase de divulgação (65,53%) e os citados percentuais correspondem ao que ocorre no mercado em geral” (fl. 102);

viii) A agência SMP&B recebeu diversos prêmios em que reconhecida a qualidade dos serviços prestados (fl. 106);

ix) Acerca da higidez do procedimento licitatório, aponta-se que a SMP&B “teve nota quase 10 pontos superior às concorrentes”, agregando o questionamento no sentido de que “se a fraude era evidente, o que explica o fato de nenhuma das concorrentes ter recorrido da decisão da Comissão?” (fl. 120);

x) “O suposto peculato constituiria, no máximo, um pós-fato impunível, pois a finalidade de adjudicação do objeto da licitação já está presente no crime de fraude à licitação” (fl. 122).

Para fins do relatório, até a esse ponto, assim se apresenta a síntese de tais tópicos. Impende, agora, avançar para demais argumentos da pretensão revisional.

5.6. Fundamentos associados à dosimetria da pena.

Haure-se aqui o que segue:

i) A pena-base foi exasperada em razão de que o crime teria como

RvC 5450 / DF

suposta motivação a manutenção de uma *“engrenagem política destinada ao proveito do Partido dos Trabalhadores”* (fl. 126).

Contudo (fl. 126):

“Já se demonstrou que isso não é verdade. Primeiro, porque houve a absolvição quanto ao delito de quadrilha. Segundo, porque é fato notório que, quando da sua prisão, não houve protestos na porta da Polícia Federal em Belo Horizonte, não foi vista a militância do PT bradando gritos de guerra em seu favor. Terceiro, ninguém se dispôs a fazer "vaquinha" para arrecadar fundos destinados a quitar a pena de multa de Ramon Hollerbach.”

ii) Argumenta a parte que há *bis in idem* na *“consideração de uma mesma circunstância como crime e também como circunstância judicial desfavorável”* (fl. 127), questionando-se ainda *“a utilização de elementos de outros crimes pelos quais Ramon estava sendo condenado (corrupção ativa) para fins de majoração da pena”* (fl. 128).

Expõe-se que esse segundo argumento foi rejeitado em embargos declaratórios sob o fundamento de que tal proceder é possível em caso de concurso material.

Reconhece a parte que *“uma mesma circunstância pode ser utilizada para majorar a pena de crimes diversos”* (fl. 129). Não poderia, todavia, *“ser considerada ao mesmo tempo elementar de um crime (e assim utilizada para condenar e aplicar a pena) e também circunstância judicial desfavorável de outro crime (e assim utilizada para majorar a pena)”* (fl. 129).

No caso concreto, *“condenado por peculato e também por corrupção ativa, Ramon teve a pena do peculato majorada porque supostamente utilizou dos recursos do peculato para corromper!”* (fl. 130).

Assim, o argumento esposado pelo Relator não seria aplicável ao caso, de modo que o acórdão que rejeitou os aclaratórios consubstancia elemento novo que legitimaria a revisão desse aspecto da dosimetria da pena;

iii) Em relação ao peculato imputado no âmbito do contrato

RvC 5450 / DF

celebrado entre a SMP&B e a Câmara dos Deputados, “enquanto a denúncia imputou aos réus o desvio de R\$ 536.440,55, o voto condutor levou à majoração da pena base ao argumento de que o desvio teria sido de R\$ 1.077.000,00” (fl. 130).

Independentemente do valor correto, é certo que o provimento desborda dos limites da imputação e, nessa medida, autoriza revisão da pena imposta;

iv) Especificamente às condenações por peculato referentes a contratos celebrados entre a DNA Propaganda e o Banco do Brasil, haveria equívoco na fixação da pena-base.

Argumenta que “na dosimetria relativa aos dois crimes de peculato (recursos do fundo Visanet e bônus de volume) foi considerada a continuidade delitiva” (fl. 131). Em tais casos, devem ser aplicadas as penas a todos os delitos para, em seguida, implementar-se o aumento referente à continuidade.

Porém, ao “o fixar a pena-base, o douto relator considerou, conjuntamente, as circunstâncias relativas aos dois crimes” (fl. 131), de modo que não ocorreu análise individual de cada fato.

Revela-se, pois, impróprio considerar o prejuízo decorrente de dois fatos nas consequências do crime. Ou seja, cada fato deve ser valorado isoladamente para, em seguida, aplicar-se o incremento decorrente da continuidade.

5.7. Manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Passo a sumariar as alegações articuladas pelo Ministério Público, intentando assim proceder ponto a ponto.

5.7.1. Cabimento da revisão criminal:

Preliminarmente, aponta-se o descabimento da revisão criminal, em razão da não configuração de nenhuma das hipóteses elencadas no art. 621 do Código de Processo Penal. O autor pretende, “em verdade, reabrir

RvC 5450 / DF

discussões, debater matérias que já foram veementemente rechaçadas por esta Corte em mais de 53 sessões de julgamento, de sorte que não há como excepcionar-se a coisa julgada se tais matérias encontram-se à revelia das hipóteses previstas em lei” (fls. 15.658-15.659).

Afirma que o requerente insurge-se “contra uma suposta injustiça da decisão que o condenou, olvidando-se de que a revisão criminal não é um sucedâneo recursal, do qual o réu pode lançar mão apenas por se sentir injustiçado pela decisão condenatória” (fl. 15.659).

Mais do que isso, “se tudo o quanto alegado nestes autos fosse condizente com a realidade, estar-se-ia diante do maior erro judiciário brasileiro” (fl. 15.663).

Arremata que “o Estado, ao optar pelo respeito a coisa julgada e, posteriormente, permitir-lhe excepcioná-la, cuidou para que disto não adviesse uma renovação ilimitada dos processos, sob pena de tomar inócua sua opção. Daí a necessidade de requisitos bem definidos (e muito restritos), porquanto consistentes em exceções à opção estatal pela segurança jurídica e social proporcionadas pela coisa julgada”, de modo que excepcionar “a regra sem estabelecer limites seria tornar a coisa julga exceção” (fl. 15.659).

A corroborar a excepcionalidade do cabimento da ação revisional, a interpretação de seus pressupostos deve implementar-se de forma estrita. Assim, para a sentença “ser reputada contraria a evidência dos autos, mister clareza indubitável na dissonância entre as conclusões da decisão e o conjunto probatório”, bem como que “por prova nova entende-se somente aquela que foi descoberta depois da sentença, com exclusão daquela que deixou de ser apresentada oportunamente” (fl. 15.661).

5.7.2. Peculato relativo a contrato celebrado entre o Banco do Brasil e a empresa DNA Propaganda – Fundo Visanet (Item III.3 da denúncia):

Ao contrário do asseverado pela defesa, a condenação do autor “não se deu unicamente porque os serviços não foram prestados pela empresa DNA ao Banco do Brasil” (fl. 15.663).

Acrescenta que é “irrelevante, na espécie, tenha havido posterior

RvC 5450 / DF

prestação de algum serviço publicitário, na medida em que o crime já havia se consumado quando das indevidas antecipações de recursos públicos e sua destinação espúria, inclusive em benefício do requerente” (fl. 15.666).

5.7.3. Peculato relativo a contrato celebrado entre o Banco do Brasil e a empresa DNA Propaganda – Bônus de Volume (Item III.2 da denúncia):

Argumenta a Procuradoria-Geral da República que “afirmar pura e simplesmente que Henrique Pizzolato não cometeu crime de peculato, ou que teria cometido, quando muito, o crime de peculato em sua forma culposa, vai de encontro a todo o contexto probatório, bem assim aos laudos periciais que deram suporte a condenação” (fl. 15.667).

Ademais, a ótica do pedido decorre “de interpretação isolada da defesa quanto ao ‘modus operandi’ do esquema criminoso” (fl. 15.667). A esse respeito, “a defesa nada mencionou acerca da quantia de R\$ 326.660,67, oriunda de cheque da DNA Propaganda, assinado pelo sócio Cristiano Paz em favor de Henrique Pizzolato, no curso daquela execução contratual” (fl. 15.668).

O requerente não detém legitimidade para “levantar discussões que dizem respeito a outro corrêu”. Além disso, “em sede de embargos de declaração, levantou as mesmas questões aqui postas, sendo certo que o seu recurso restou rejeitado” (fl. 15.669).

5.7.4. Fundamentos comuns aos itens III.2 e III.3 da denúncia (peculato: Banco do Brasil e DNA Propaganda – bônus de volume e Fundo Visanet):

Nesse ponto, argumenta a PGR que o “envolvimento do requerente nos fatos restaram provados com base no eloquente acervo probatório constante naqueles autos, e não apenas, como pretende fazer crer, pela sua condição de sócio da agência DNA Propaganda” (fls. 12.669-15.670).

5.7.5. Peculato relativo a contrato celebrado entre a Câmara dos

RvC 5450 / DF

Deputados e a empresa SMP&B Comunicação (Item III.1 da denúncia):

Em relação às conclusões do Tribunal de Contas da União quanto à regularidade contratual, aponta que *“é de conhecimento geral que, para fins de imposição de sanções, a instância administrativa e a jurisdicional revestem-se de indiscutível autonomia, razão pela qual são independentes entre si, não havendo, entre uma e outra, condicionantes de qualquer ordem, a exceção do reconhecimento da inexistência do fato ou da negativa de autoria no processo criminal, circunstâncias estas que repercutem nas esferas cíveis e administrativa”* (fl. 15.672). No caso concreto, o Ministro Relator indicou as razões que o levaram a dissentir das conclusões explicitadas pelo TCU.

Quanto às provas documentais acostadas à inicial e que, na ótica da defesa, comprovariam a efetiva prestação dos serviços objeto de contratação, argumenta-se que *“este não foi o ponto crucial que lastreou a condenação”,* visto que *“não se discutiu apenas se houve ou não prestação de serviços, mas também o grau de participação da empresa naquela publicidade”* (fl. 15.673).

Não bastasse, o voto do Relator consignou que *“as subcontratações não guardaram relação com campanhas publicitárias criadas pela SMP&B no âmbito do contrato 2003/204.0”* (fl. 15.676).

Além disso, *“segundo informaram os próprios réus, três dias antes da assinatura do Edital de Concorrência n° 1112003, os acusados tomaram um empréstimo de R\$ 9.975.400,00, cujo numerário foi destinado ao Partido dos Trabalhadores”* (fl. 15.678).

5.7.6. Fundamentos associados à dosimetria da pena:

Aqui, sustenta-se que a alegação de *bis in idem* foi rejeitada em embargos declaratórios.

Outrossim, quanto à apontada violação ao Princípio da Correlação, argumenta-se que, no momento do oferecimento da denúncia, *“não haviam dados conclusivos acerca do real montante desviado, o qual só restou aferido no decorrer da instrução processual”,* de modo que *“o valor constante*

RvC 5450 / DF

da denúncia fora utilizado tão somente como parâmetro inicial” (fl. 15.680).

E ainda que não haveria ilegalidade na aplicação da continuidade delitiva.

5.8. Réplica apresentada pela parte autora da pretensão revisional.

Veio aos autos a réplica. Argumenta-se nela que *“basta um exame inicial para perceber que é notório existirem inúmeras provas novas anexadas aos autos, que permite a admissibilidade da revisão pela inciso III, bem como há fundamentação concreta sobre equívoco no julgamento, o que conduz à aceitação da ação pelo inciso I” (fl. 15.685/v)*. Além disso, *“o fundamentado pedido de produção de prova testemunhal, que há de ser deferido - inclusive por ausência de oposição pelo Procurador-Geral - já afasta por completo a absurda preliminar suscitada” (fl. 15.686).*

Ademais, *“não é verdade que se estaria diante do maior erro do judiciário. Primeiro, porque o magistrado não erra propositadamente, segundo, porque se condenação houve, é porque as partes não levaram ao julgador os elementos suficientes para a verificação ampla da verdade” (fl. 15.686/v).*

Em relação ao peculato associado ao Banco do Brasil (Fundo Visanet), *“o crime não se consuma, data venia, com a antecipação dos valores, e sim com a apropriação ou com o desvio” (fl. 15.687)*, de modo que a questão associada à efetiva prestação dos serviços assume contornos relevantes.

No que toca à suposta destinação de valores em favor do requerente, *“está provado, na petição inicial, que Ramon nunca foi proprietário da empresa RSC (“Rio, Samba e Carnaval”), que teria recebido os R\$ 400.000,00 da agência DNA” (fl. 15.687/v)*. Também tem como irresponsável a alegada assimetria entre o voto proferido em Plenário pelo Relator e o posteriormente publicado.

Reitera a ausência de esclarecimento da condenação de HENRIQUE PIZZOLATO por peculato doloso enquanto a Relatório de Auditoria do TCU, citado na denúncia, trata o fato como culposos (fl. 15.688).

Quanto à autoria delitiva, a afirmação proferida pelo eminente Min. Ricardo Lewandowski em sede de embargos declaratórios, reconhecendo

RvC 5450 / DF

que houve equívoco na apreciação das provas, “*possui o condão de levar os demais Ministros desta Corte a reanalisar o feito*” (fl. 15.688).

No campo do peculato associado à Câmara dos Deputados, para a parte autora da revisional, o Ministério Público indica a autonomia do juízo penal em relação às conclusões do TCU. Em verdade, “*esta ‘autonomia’ está a servir a conveniência da acusação. Quando lhe é favorável, o laudo técnico é inquestionável; quando não é, descartável*” (fl. 15.689/v).

Nesse ponto, argumenta que se a Secretaria de Controle Interno da Câmara dos Deputados tivesse tido acesso à documentação ora exibidas pela defesa seu relatório seria outro (fl. 15.689/v), já que as provas apresentadas pela defesa demonstram que a SMP&B é a autora intelectual dos serviços objeto de contratação (fl. 15.690).

Reafirma os termos da inicial quanto ao ponto atinente à continuidade delitiva.

Renova o pedido de produção de prova oral, enfatizando a inexistência de impugnação, no ponto, por parte do Ministério Público.

É o relatório.

Passo a decidir.

1. Trata-se de Revisão Criminal, como mencionada a pretensão revisional no relatório que fiz no segmento antecedente, aforada por **RAMON HOLLERBACH CARDOSO**, em que se almeja a desconstituição parcial de acórdão condenatório proferido na AP 470/DF.

Levado a efeito, portanto, o relato antes apresentado, examino tal pretensão, e o faço inclusive seguindo senda similar ao precedente veiculado na Revisão Criminal 5457/SP, decidida em 10 de abril do ano em curso, pelo e. Ministro Luiz Fux.

Conforme relatado, em síntese, os delitos apurados na mencionada ação penal têm como pano de fundo um apontado projeto de manutenção do exercício do poder por parte de agentes políticos. Para tanto, agentes políticos, denunciados naquela *ocasião*, teriam efetuado a compra de suporte político e alcançado financiamento futuro e pretérito (pagamento

RvC 5450 / DF

de dívidas) de suas próprias campanhas.

Uma das fontes desses recursos derivaria da atuação do *núcleo publicitário*, que, por meio de diversos contratos celebrados com a Administração Pública, destinaria valores ao *núcleo político*. **RAMON HOLLERBACH CARDOSO**, ora autor, insere-se nesse contexto.

A circulação desses recursos teria sido possível mediante a ação de agentes econômicos, especialmente ligados ao Banco Rural.

Reitero: na ação penal em apreço, os autos da AP 470/DF contam com **315 (trezentos e quinze) volumes**, que resultam em aproximadamente 71.248 (setenta e um mil, duzentas e quarenta e oito) páginas. **Além disso**, os autos são compostos por **501 (quinhentos e um) apensos e 7 (sete) juntadas por linha**.

A denúncia, oferecida em 30.6.2006, foi recebida por este Tribunal Pleno em 28.8.2007. Após observância do contraditório e da ampla defesa, a instrução processual encerrou-se em 7.6.2011. O julgamento da ação penal, por sua vez, iniciou-se em 2.8.2012 e chegou a termo em 27.2.2014, consumindo 69 (sessenta e nove) sessões do Plenário.

Oportuno registrar que esta Corte, por maioria, assegurou a oposição de embargos infringentes, ocasião em que o reexame de aspectos da condenação foi levado a efeito. A nova análise, enfatize-se, longe de mera formalidade, ocorreu de modo substancial, já que gerou, inclusive, pronunciamento favorável a alguns dos réus.

Esse cenário bem ilustra que o Supremo Tribunal Federal debruçou-se detidamente sobre a matéria fática e jurídica que lhe fora submetida. Na ocasião, o Tribunal dedicou expressiva parcela de seu calendário para enfrentar o tema, com atento escrutínio das partes e acompanhamento da sociedade.

À obviedade, o mais substancial labor não retira, em tese, a possibilidade teórica e prática de que eventuais equívocos ocorram, os quais, também em tese, poderiam ser sanados pela via da revisão criminal. No entanto, os juízos implementados, a tempo e modo, pelo Plenário desta Corte, não devem ser simplesmente relegados. Ao contrário, devem ser prestigiados, salvo se presentes causas robustas que

RvC 5450 / DF

justifiquem seu afastamento.

Ou seja, a ferramenta processual aviada não acarreta novo julgamento da AP 470/DF, na medida em que a revisão criminal não se presta a funcionar como mero instrumento de inconformismo do condenado. Ao invés de sucedâneo recursal, possui pressupostos e requisitos próprios que não se confundem com o simples reexame do édito condenatório, o que passo a explicitar.

2. Considerações gerais acerca da Revisão Criminal

De início, cumpre apontar que a revisão criminal consubstancia importante remédio processual que visa conciliar os valores *justiça e segurança*.

A coisa julgada constitui, sem dúvida, garantia com assento constitucional, atuando, inclusive, como limitador expresso da atividade legislativa (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal). Entretanto, conquanto a imutabilidade dos pronunciamentos jurisdicionais definitivos espelhe a segurança cuja necessidade permeia as relações jurídicas, tal interesse pode ceder em situações **efetivamente graves** que legitimem tal proceder.

Em direção semelhante, ao discorrer acerca da revisão criminal, leciona Gustavo Henrique Badaró que referido meio de impugnação expressa *“um processo reparatório do erro judiciário”* (**Manual dos recursos penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 433).

Nesse sentido, situações excepcionais, assim reconhecidas pelo legislador, podem, em tese, autorizar a desconstrução do pronunciamento jurisdicional acobertado pelo manto da coisa julgada.

De fato, a relevância da coisa julgada é observada tanto na seara cível quanto no campo processual penal. Não obstante, a revisão criminal não se submete às mesmas condicionantes da ação rescisória, como, por exemplo, prazo decadencial.

Cabe salientar, ainda, que a definitividade da decisão penal exhibe contornos próprios se produzida em favor ou em prejuízo do réu,

RvC 5450 / DF

embora, em ambas as hipóteses, verifique-se uma preocupação voltada, em maior ou menor grau, a prestigiar a segurança jurídica. Como é sabido, a coisa julgada penal, se constituída em favor do acusado, não se submete a causas de rescindibilidade, forte na impossibilidade de emprego, no sistema processual penal brasileiro, de revisão criminal *pro societate*. Trata-se do que parte da doutrina convencionou chamar de “coisa soberanamente julgada”. Essa impossibilidade de revisão da coisa julgada formada em favor do réu, desde que observados os demais requisitos para tanto, não se transporta à ambiência cível.

Há, portanto, regramento específico acerca dos meios de desconstituição da coisa julgada cível e penal.

Ainda que com tais particularidades, esse cenário não confere ao condenado o direito subjetivo de, **fora da destinação legal do meio de impugnação**, perseguir a desconstituição do título penal condenatório. De tal forma, a coisa julgada penal admite desfazimento, desde que preenchidas as hipóteses **taxativamente** previstas no art. 621, CPP e reproduzidas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, dispositivo que, mesmo formalmente regimental, tem *status* de lei, eis que editado pelo Supremo Tribunal Federal com base em poder normativo primário que lhe fora expressamente conferido pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 120). Confira-se o texto regimental:

“Art. 263. Será admitida a revisão, pelo Tribunal, dos processos criminais findos, em que a condenação tiver sido por ele proferida ou mantida no julgamento de ação penal originária ou recurso criminal ordinário:

i – quando a decisão condenatória for **contrária ao texto expresso da lei penal** ou à **evidência dos autos**;

ii – quando a decisão condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

iii – quando, **após** a decisão condenatória, se descobrirem **novas provas** de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

RvC 5450 / DF

Acerca da excepcionalidade da desconstituição do título penal condenatório, colaciono o seguinte ensinamento doutrinário de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

“Só em casos excepcionais, taxativamente arrolados pelo legislador, prevê o ordenamento jurídico a **possibilidade de desconstituir-se a coisa julgada por intermédio da ação de revisão criminal e da ação rescisória para o juízo cível. Isso ocorre quando a sentença se reveste de **vícios extremamente graves**, que aconselham a prevalência do valor ‘justiça’ sobre o valor ‘certeza’.**

No balanceamento dos valores em jogo, o legislador previu expressamente, no art. 621 CPP (e no art. 485 CPC), os casos de rescindibilidade da sentença passada em julgado. Porém, **diante da relevância do instituto da coisa julgada, tais casos devem ter aplicação estrita.**” (Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 237, *grifei*)

Na mesma linha, Gustavo Henrique Badaró afirma que *“as hipóteses de cabimento da revisão criminal – que caracterizam sua causa de pedir – são previstas nos incs. do art. 621 do CPP, tratando-se de rol taxativo”* (**Manual dos recursos penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 439, *grifei*).

A excepcionalidade de admissão do pleito revisional a fim de observar a envergadura constitucional da coisa julgada é um tema que deve ser enfatizado. É que, partindo dessa premissa, sua dissolução não se alcança mediante mero pedido de reexame do quadro processual. Trata-se de ação penal constitutiva, cuja fundamentação vinculada não se coaduna com mero inconformismo.

Ademais, no que diz respeito ao ônus da prova neste âmbito, Gustavo Henrique Badaró esclarece que *“tem prevalecido o entendimento de que, na revisão criminal, há uma inversão do ônus da prova, aplicando-se o in*

RvC 5450 / DF

dubio pro societate". Registra, nada obstante, posição de Ada Pellegrini Grinover no sentido de que não há inversão, mas apenas "aplicação da regra do ônus da prova, segundo a qual incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito (...) ou, como previsto no campo penal, que o ônus da prova incumbe a quem alega". Sintetiza Badaró:

"A **divergência**, contudo, parece ser **terminológica**. Afirmar que incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito (CPC/1973, art. 373, I) – que ele é inocente – equivale a dizer que, **se o Tribunal estiver na dúvida sobre a ocorrência ou não da causa de pedir, deverá negar provimento à revisão criminal, mantendo a condenação**. Ou seja, **a dúvida será resolvida contra o acusado que requer a revisão criminal.**" (Manual dos recursos penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 462-463, *grifei*)

De tal modo, dissonâncias doutrinárias à parte, é certo que, no âmbito da revisão criminal, é ônus processual do autor ater-se às hipóteses taxativamente previstas em lei e demonstrar que o conjunto probatório amealhado autoriza o juízo revisional ou absolutório. Do contrário, como salientado pelo Ministério Público, a observância da coisa julgada, ao invés de regra, seria relegada ao campo da exceção.

3. Evidência dos autos e persuasão racional

Nos termos do RISTF (art. 263), será admitida revisão "*quando a decisão condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos*".

Como já reconheceu esta Suprema Corte, a revisão criminal não atua como ferramenta processual destinada a propiciar tão somente um novo julgamento, como se instrumento fosse de veiculação de pretensão recursal. Possui, destarte, pressupostos de cabimento próprios que não coincidem com a simples finalidade de nova avaliação do édito condenatório.

RvC 5450 / DF

Nessa linha, cito os seguintes precedentes, de lavra do saudoso Min. Teori Zavascki:

“A ação revisional não é instrumento viável para mera reiteração de teses jurídicas já vencidas na jurisdição ordinária, nem para simples revisão da matéria probatória. A procedência da ação, nas hipóteses indicadas, tem por pressuposto necessário e indispensável, quanto à matéria de direito, a constatação de ofensa ‘ao texto expresso da lei penal’, ou, quanto à matéria de fato, o desprezo ‘à evidência dos autos’.” (RvC 5437, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, *grifei*)

“O objetivo da revisão criminal fundada no inciso I do art. 621 do Código de Processo Penal (contrária à prova dos autos) não é permitir “uma terceira instância” de julgamento, uma segunda apelação. Se a sentença condenatória se apresenta verossímil e minimamente consentânea com as evidências produzidas durante a instrução criminal, **não cabe ao Tribunal reverter a condenação mediante o afastamento de interpretação de prova aceitável e ponderada, ainda que não a melhor.”** (HC 114164, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03/11/2015, *grifei*)

Dessa forma, a revisão criminal, se calcada na inobservância da evidência dos autos, pressupõe total dissociação entre a resposta jurisdicional e o acervo probatório. Assim, o pleito revisional não se afigura cabível na hipótese em que a condenação encontrar-se lastreada minimamente nas provas colhidas.

Nesse sentido, recorro novamente ao magistério de Gustavo Henrique Badaró, que bem relata, com ressalva pessoal, a posição doutrinária predominante em relação à matéria:

“Há, contudo, uma restrição: o texto legal exige que a condenação tenha contrariado a ‘evidência’ dos autos. Com

RvC 5450 / DF

base em tais elementos, que de certa forma se assemelha à restrição da apelação das decisões do júri – que exige que a sentença seja **manifestamente contrária** à prova dos autos – tem se entendido que, nessa nova reapreciação da prova, a **contrariedade do seu resultado com a condenação deve ser frontal**. Diante da exigência de que a ‘evidência’ dos autos tenha sido contrariada, há **firme entendimento de que, apoiando-se a decisão em qualquer prova, mesmo que inferior ou mais fraca que as demais, deve-se negar provimento à revisão criminal**. Ou seja, para o provimento da revisão seria necessário que a condenação **não tivesse ‘qualquer base na prova dos autos’**.” (Manual dos recursos penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.445, grifei)

A destinação legal da ferramenta revisional não se confunde com a singela realização de nova valoração do arcabouço fático-probatório. Não se trata, como pretende a defesa (fl. 79), de instrumento de questionamento da “*interpretação dada ao livre convencimento motivado*”.

A guarida de tal meio de impugnação pressupõe que a conclusão condenatória, ao invés de fruto de discricionariedade regrada e de persuasão racional, tenha decorrido de ilegalidade afeta a verdadeiro desprezo da prova dos autos.

Em outras palavras, a análise empreendida em sede de revisão criminal (Juízo revisor em sentido estrito) cinge-se a aspectos de legalidade da condenação proferia **sem lastro** em elementos probatórios, o que não corresponde à avaliação encetada em sede de apelação (Juízo revisor em sentido amplo), em que também é possível o reexame aprofundado da **suficiência** dessas provas.

É nesse sentido que Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes buscam conciliar a hipótese revisional com a valoração da prova inerente ao modelo do convencimento jurisdicional motivado:

“Assim, frise-se, novamente, que a **contrariedade** à

RvC 5450 / DF

evidência dos autos (parte final do inc. I do art. 621 do CPP) há de ser frontal, vista como divórcio dos elementos probatórios existentes nos autos. Somente esta interpretação resguarda o princípio do **livre convencimento do juiz**. (Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 250, *grifei*)

Não basta que a defesa aponte provas potencialmente benéficas aos seus anseios processuais. Imprescindível, em verdade, demonstrar que o juízo condenatório não encontra respaldo em provas jungidas aos autos. Seja pela inexistência de elementos probatórios incriminatórios, seja pela total imprestabilidade daqueles eventualmente ponderados pelo Estado-Juiz.

Portanto, pontos favoráveis não são suficientes ao acolhimento da pretensão revisional se não infirmarem os pontos desfavoráveis assentados no édito condenatório. Isso porque a solução do conflito entre provas aparentemente dissonantes associa-se à valoração da prova ínsita ao sistema da persuasão racional, não sendo o caso de confundir o inconformismo em face desse sopesamento com a formação de condenação de modo contrário à evidência dos autos. São realidades diferentes.

É nesse contexto que, como já mencionado, a jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que *“não cabe ao Tribunal reverter a condenação mediante o afastamento de interpretação de prova aceitável e ponderada, ainda que não a melhor”* (HC 114164, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03/11/2015).

Também já se afirmou que, no campo revisional, *“a evidência dos autos só pode ser alguma coisa que resulte de uma **apreciação conjunta e conjugada da prova**”* (Batista, Nilo. Decisões criminais comentadas, Rio de Janeiro, Ed. Liber Juris, 1976, p. 120, *grifei*), de modo que se reclama que as provas apontadas pela defesa subtraíam substancialmente a aptidão demonstrativa dos elementos que cancelam a condenação.

Articular provas que poderiam harmonizar-se com a tese revisional

RvC 5450 / DF

não atende, por si só, ao figurino legal excepcional que legitima a desconstituição da coisa julgada penal condenatória. Nessa ótica, “a doutrina, em sua maioria, afirma que se houver elementos a favor e contra o acusado e a sentença optar por um deles não há sentença contrária à evidência dos autos. Da mesma forma, havendo duas versões dos fatos, uma favorável e outra desfavorável ao acusado, não há decisão contrária à evidência dos autos se o julgador acolher uma delas” (QUEIJO, Maria Elizabeth. Da revisão criminal. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, p. 210, *grifei*).

Em linha semelhante, menciono os seguintes escólios doutrinários:

“É posição corrente na doutrina e nos Tribunais que para a procedência da revisão, **a prova nova deve ser decisiva, no sentido de alterar o convencimento anterior.** (...) Isso, porque, tem se entendido **não ser suficiente** que o resultado decorrente da adição da prova nova ao antigo conjunto probatório seja simplesmente uma **dúvida**. Deverá, ao contrário, **demonstrar plenamente a inocência do condenado**. Se o documento gerar **dúvida** em face do conjunto probatório existente, a revisão, embora conhecida, será julgada **improcedente.**” (BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 451, *grifei*)

“A revisão, porém, **não é uma segunda apelação**, não se prestando à mera reapreciação da prova já examinada pelo Juízo de primeiro grau e, eventualmente, de segundo, **exigindo, pois que o requerente apresente elementos probatórios que desfaçam o fundamento da condenação**. Há, na verdade, uma inversão no ônus da prova, e **os elementos probatórios devem ter poder conclusivo e demonstrar cabalmente a inocência do condenado ou a circunstância que o favoreça, não bastando aquelas que apenas debilitam a prova dos autos ou causam dúvidas no espírito dos julgadores**.” (MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1.623, *grifei*)

“E a consequência segura, inevitável, é que **nunca se**

RvC 5450 / DF

poderá dizer contrária à evidência dos autos uma decisão, cuja conclusão tem apoio num elemento de prova, deles constante, embora se choque com outros elementos, com a maioria destes, com a sua totalidade. O juiz escolheu mal? Porque não apelou o réu? Desprezando o recurso ordinário, que a lei lhe faculta para remediar, com a submissão à superior instância, a injustiça daquela avaliação. Provém do tribunal superior a sentença? Se este confirmou a condenação, vemos prestigiado aquele fato, isolado no conjunto das provas, mas que à imparcialidade de dois julgamentos se mostrou eficiente para imposição da pena; se a absolvição, pronunciada pelo juiz singular, foi substituída pela condenação, imposta em recurso, o elemento probatório, da preferência do tribunal, terá tido a força de impressionar tanto a maioria dos julgadores, que estes não vacilaram em punir, alterando a situação favorável ao réu, estabelecida na primeira sentença. **Em qualquer caso, há um sustentáculo, para a condenação, na prova dos autos, conservada a mesma, e é o bastante para dever respeitar-se o que, fazendo a livre apreciação da prova, assentou o julgador, no curso normal do processo.**

(...)

Essa avaliação livre dos elementos de prova não é atribuída ao tribunal de revisão, que se deve limitar a verificar se a condenação tem base em algum daqueles elementos, ou se é divorciada de todos eles, pois só no último caso há a sentença contrária à evidência dos autos." (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. v. VI. 5. ed. 1965. p. 379-380, *grifei*)

Dessa compreensão não se afasta a tradicional jurisprudência desta Corte:

"Revisão Criminal. Só há decisão contrária à evidência dos autos quando não se apóia ela em nenhuma prova existente no processo, não bastando, pois, para o deferimento da revisão criminal, que os julgadores desta considerem que o

RvC 5450 / DF

conjunto probatório não é convincente para a condenação (Precedentes do STF). Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 113269, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 12/05/1987, *grifei*)

“REVISÃO CRIMINAL. NÃO SE PODE DIZER, FACE AO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR, QUE UMA DECISÃO, CUJA CONCLUSÃO TEM APOIO NUM ELEMENTO DE PROVA, CONTRARIA A EVIDÊNCIA DOS AUTOS. SOMENTE HÁ DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS, QUANDO A MESMA NÃO TEM FUNDAMENTO EM NENHUMA PROVA COLHIDA NO PROCESSO.” (RE 87004, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Segunda Turma, julgado em 22/11/1977, *grifei*)

Transcrevo, por oportuno, trecho do voto proferido pelo Relator no referido precedente (RE 87004, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA), que bem esclarece as razões de decidir empregadas na ocasião:

“Poder-se-ia admitir **insuficientes** as provas para a condenação, como pareceu à sentença de primeiro grau e ao voto vencido na instância de revisão.

Entretanto, **tal divergência se situa na interpretação dos elementos probatórios e não na contestação de sua evidência.**”

Nessa dimensão, a condenação baseada na motivada valoração da prova não se confunde com o desprezo à evidência dos autos, tampouco com o pronunciamento jurisdicional desacompanhado de elementos probatórios.

4. Descoberta superveniente de provas da inocência do condenado

Ainda nos termos do RISTF (art. 263), também será admitida revisão “quando, **após a decisão condenatória, se descobrirem novas provas de**

RvC 5450 / DF

inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

Nesse aspecto, de início, pondero que a hipótese normativa que, como já dito, desafia interpretação estrita, cinge-se à possibilidade de consideração de **provas**. A esse respeito, conceitua a doutrina:

“O processo penal é um instrumento de **retrospeção**, de **reconstrução** aproximada de um determinado **fato histórico**. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da **reconstrução histórica de um fato**. Nesse contexto, **as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime)**. O tema probatório é sempre a **afirmação de um fato (passado)**, não sendo as normas jurídicas, como regra, tema de prova (por força do princípio *iura novit curia*). (LOPES JR., Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 355, *grifei*).

Destarte, a hipótese de cabimento em apreço pressupõe veiculação de meio de *“reconstrução do fato passado (crime)”*. Para tal finalidade, não são contempladas novas compreensões jurídicas, tampouco documentos que apenas materializem a convicção jurisdicional.

Aduz a doutrina que, *“nessa hipótese, a prova superveniente versará sobre a **questio facti** de onde se conclua que a condenação foi injusta.”*(MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas/SP: Millennium Editorial. 3 ed. V 4, 2009, p 314, *grifei*). Em sentido semelhante:

“(…) **nova argumentação em torno de provas já produzidas e valoradas não se insere no conceito de prova nova, sendo inadmissível para alicerçar pedido revisional**. Caso contrário, a revisão seria transformada, definitivamente, em **segunda apelação**, o que contraria sua natureza jurídica e finalidade.” (QUEIJO, Maria Elizabeth. Da revisão criminal. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, p. 221, *grifei*)

RvC 5450 / DF

Também merece reflexão a questão atinente à definição de prova **nova**. A questão admite certa controvérsia, sem embargo tenha que a conclusão que melhor se amolda ao figurino normativo é aquela que exige a superveniência da prova, que deve ser ao menos **descoberta após a decisão condenatória**.

Com efeito, até poderia ser admissível que a existência da prova fosse anterior à decisão condenatória. No entanto, repito, sua **descoberta**, por expressa exigência normativa, deve ser posterior à formação do título. E, considerando a distribuição do ônus da prova em sede revisional, cabe ao autor demonstrar, ainda que indiciariamente, que não detinha ciência do elemento probatório que compreende potencialmente apto ao desfazimento, total ou parcial, da coisa julgada condenatória:

“Novas provas que autorizam reiteração do pedido: certamente, quando uma ação é julgada, decidido o mérito, transitando em julgado, a regra é que o pedido não possa ser reiterado. Entretanto, como nesta hipótese cuida-se de ação revisional, fundada na ocorrência de erro judiciário, a qualquer tempo pode ser renovado o pleito, **desde que baseado em novas provas. Entendam-se como tais as substancialmente novas e não as formalmente novas. As primeiras são as provas inéditas, desconhecidas até então do condenado e do Estado (ex.: o surgimento de um documento ao qual ninguém teve acesso anteriormente). As segundas são aquelas que ganham nova roupagem, nova versão, mas **já eram conhecidas** das partes (ex.: uma testemunha que altera seu depoimento, dizendo ter-se lembrado de algo mais, que não havia relatado antes).” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 12^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 . p. 1.097, grifei)**

Destarte, com devida vênia à argumentação defensiva (fl. 15.686/v), não cabe revisão criminal sob o fundamento de que *“as partes não levaram ao julgador os elementos suficientes para a verificação ampla da verdade”*.

RvC 5450 / DF

Além disso, cumpre salientar que o édito condenatório não é afastado na hipótese em que eventuais **novas provas** carreadas aos autos pela defesa não se prestem a esvaziar os aspectos que abrigam o título judicial. Assim não fosse, ao fim e ao cabo, a juntada de qualquer prova nova, relevante ou não, ainda que por via transversa, serviria como pretexto que conduziria à indevida possibilidade de reexame do título condenatório por razões restritas à insatisfação do apenado no que se refere à motivada valoração da prova, finalidade avessa à destinação legal do meio de impugnação em apreço.

Nesse ponto, as novas provas de inocência do condenado, expressamente exigidas pelo art. 263, III, RISTF, são aquelas potencialmente idôneas a subtrair a força do provimento condenatório.

Não se trata, nessa linha, de confundi-las com elementos probatórios que poderiam se revelar aptos, no máximo, apenas ao enfraquecimento da condenação. Ou seja, a prova nova exigida não é aquela em que a dissipação da condenação exigiria confronto entre interpretações possíveis e razoáveis acerca da valoração do mosaico probatório, papel que desborda do âmbito de atuação do Estado-Juiz nesta sede. Essa não é a vocação legal da revisão criminal. Nessa direção:

“A prova que acarrete **apenas dúvidas** ao julgador não deve ser concebida como **prova nova** para os efeitos do art. 623, III, do Código de Processo Penal, ou seja, o fundamento da existência de prova nova é admissível em sede revisional, **desde que seja suficiente para derrubar a instrução procedida**, não bastando que acarrete incerteza sobre a realidade do fato ou da verdade. (...) **o pedido revisional deve ser indeferido se tal prova não apresenta força suficiente para desconstituir a coisa julgada e de suprir o conjunto probatório existente**, pois como acima visto, a prova para efeitos revisionais **deve ser conclusiva e demonstrar cabalmente a inocência do sentenciado.**” (CERONI, Carlos Roberto Barros. Revisão criminal: características, consequências e abrangência. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 63-64, *grifei*)

RvC 5450 / DF

Cito ainda o seguinte precedente:

“Revisão criminal. Alcance da expressão “evidência dos autos”. **Nova prova que trouxe estado de dúvida. Inviabilidade de acolhimento do pedido revisional.** Violação do artigo. 621, I e III, do Código de Processo Penal. Recurso extraordinário a que se dá provimento.”

(RE 79966, Relator(a): Min. DJACI FALCÃO, Primeira Turma, julgado em 29/11/1974, *grifei*)

5. Fixadas essas premissas, passo a avaliar a viabilidade jurídica da revisão criminal em análise. Para tanto, tomo como metodologia de apreciação, na medida do possível, a ordem das alegações, tais como articuladas pela defesa em sede de pleito revisional.

5.1 Linhas gerais dos argumentos veiculados

Ao lume de arrostar tal exame, principio pelas linhas gerais dos argumentos a esse norte preambular suscitados na revisão criminal sob análise e já explícito a direção condutora desta decisão em curso. Adentro a eles:

i) O delito de formação de quadrilha ou bando (redação do art. 288, CP, anterior à Lei 12.850/13) classifica-se como infração de natureza formal. Nesse cenário, o crime resta consumado com a convergência volitiva, constituindo, para tal finalidade, elemento dispensável a efetiva prática de infrações penais que nutrem a reunião dos agentes. Nesse sentido:

“AÇÃO PENAL. Crime de quadrilha ou bando. Delito formal contra a paz pública. Circunstâncias elementares do tipo. Concurso de, pelo menos, quatro pessoas, finalidade específica dos agentes e estabilidade do consórcio. **Exigência da prática ulterior de delito compreendido no projeto criminoso.**

RvC 5450 / DF

Desnecessidade. Figura autônoma. Descrição suficiente dos fatos elementares. Denúncia apta. Impossibilidade de aprofundar a cognição dos fatos à luz da prova. HC denegado. Inteligência do art. 288 do Código Penal. Precedentes. **Crime formal, o delito de quadrilha ou bando consuma-se tanto que aperfeiçoada a convergência de vontade dos agentes e, como tal, independe da prática ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas.** (HC 88978, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 04/09/2007, *grifei*)

Nessa perspectiva, considerando a autonomia entre os delitos, a absolvição pelo crime de formação de quadrilha não atrai, como consequência necessária, reflexos na caracterização dos delitos eventualmente praticados.

Inclusive, no caso concreto, o fundamento nuclear da absolvição reside no não reconhecimento de estabilidade e permanência, requisitos que não se aplicam às infrações que motivaram a condenação imposta ao requerente.

Assim, não depreendo contradição na afirmação de que inexistia grupo criminoso permanente e estável mas que as infrações foram praticadas com a finalidade de angariar distribuição de recursos a agentes públicos ou agremiação partidária. Ou seja, não verifico a articulada ruptura de ordem lógica entre a conclusão acerca das particularidades da união entre os agentes e a projetada destinação dos valores desviados.

ii) A defesa também alega que a forma de condução do julgamento causou prejuízo ao autor, gerando a *“crença de que a condenação pelos crimes de peculato se fazia necessária ao posterior reconhecimento dos delitos de corrupção”*.

A forma de votação foi submetida ao Tribunal Pleno, que concluiu que cada Ministro poderia adotar metodologia própria de julgamento (fls. 52.236-52.255, AP 470/DF):

RvC 5450 / DF

“O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Presidente, a exemplo do que eu fiz por ocasião do recebimento da denúncia, vou seguir a mesma metodologia de julgar a ação penal por itens, de acordo como formulado na denúncia. **A denúncia contém oito itens e eu julgarei, seguindo essa lógica da denúncia, a começar pelo item 3, como fiz também em 2007.**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Eu queria dizer que, como Revisor, eu me oponho a essa metodologia, porque, se nós adotarmos essa metodologia de votar por núcleo, estaremos adotando a ótica do Ministério Público e admitindo, desde logo, que existem “núcleos”, e isso é uma coisa que será ainda decidida pelo egrégio Plenário. Em segundo lugar, segundo lugar, eu não terminei ainda, Senhor Presidente, não terminei ainda.

(...)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) -Presidente, eu acho que houve uma incompreensão da parte do eminente Revisor sobre o que eu disse; eu não falei em votar em núcleos, nada disso; eu disse que vou **votar por itens. A denúncia se divide em oito itens diferentes. Eu vou votar item por item, só isso.**

(...)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Então, não há divergência com Vossa Excelência, quando Vossa Excelência terminar os itens eu passarei ao meu voto, sem problema algum.

(...)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - É uma forma, a meu ver, mais racional.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Ótimo, parabênizo Vossa Excelência pela racionalidade.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - A ideia de o Relator votar mil e duzentas páginas e, depois, o Revisor votar mil e duzentas páginas, a meu ver,

RvC 5450 / DF

significa aposta no caos.

(...)

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (**PRESIDENTE**) (...) vou dar por encerrado o período de debate e proclamo o resultado. **Cada Ministro adotará a metodologia de voto que entender cabível.** Como diria Buffon, 'O homem é o estilo; o estilo é o homem'. **A estrutura de voto de cada Ministro, na sua logicidade interna, fica a cargo de cada Ministro.**"

O Min. Joaquim Barbosa, nos décimos nonos embargos de declaração opostos no âmbito da AP 470/DF, assim explicitou as razões que o levaram ao fracionamento da formulação de seu voto (AP 470/DF, fl. 65.250, *grifei*):

"O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Permito-me fazer um breve comentário. **A alternativa à metodologia por nós adotada, no ano passado, seria a seguinte: após a leitura das mil e tantas páginas do voto do Relator, das mil e tantas páginas do voto do Revisor, das mil páginas de Vossa Excelência, os demais Ministros se pronunciarão, ou seja, seria o caos.** Era essa a alternativa à metodologia adotada no julgamento."

Mais do que isso, com a devida vênia, não há como afirmar que os membros da Suprema Corte tenham proferido seus fundamentados votos segundo *crença* de qualquer espécie.

5.2. Fundamentos associados ao item III.3 da denúncia (peculato: Fundo Visanet Banco do Brasil e DNA Propaganda)

5.2.1. Contextualização:

Esse fato diz respeito ao peculato que teve como objeto o desvio de R\$ 73.851.536,18 (setenta e três milhões, oitocentos e cinquenta e um mil, quinhentos e trinta e seis reais e dezoito centavos), valores oriundos do

RvC 5450 / DF

Banco do Brasil e transferidos à DNA Propaganda.

Os recursos seriam associados ao Fundo Visanet, composto por várias fontes. A parcela integralizada pelo Banco do Brasil atenderia à destinação indicada pela própria instituição bancária, sendo que referida disposição teria sido determinada, sem observância dos procedimentos próprios, por HENRIQUE PIZZOLATO, então Diretor de Marketing do Banco do Brasil. São descritos repasses efetuados por ordem do Banco do Brasil em favor da agência DNA Propaganda, os quais teriam sido determinados em **05.05.2003, 03.11.2003, 20.01.2004 e 11.05.2004**.

Em **15.01.2004**, a DNA Propaganda teria encetado o pagamento de R\$ 326.660,67 (trezentos e vinte e seis mil, seiscentos e sessenta reais e sessenta e sete centavos) a título de vantagem indevida destinada a HENRIQUE PIZZOLATO, o que motivou a condenação de diversos agentes, inclusive o requerente, por corrupção ativa (e do agente público por corrupção passiva), itens estes que não são objeto do pleito revisional.

Ao menos parte dos valores desviados teria como destino final o Partido dos Trabalhadores, sendo que tais transferências seriam possibilitadas por meio de empréstimos da DNA Propaganda e da SMP&B Comunicação contraídos junto ao Banco Rural e ao Banco BMG. Essas instituições bancárias, por sua vez, simulariam empréstimos em favor da agremiação partidária, possibilitando o trânsito desses recursos.

Nesse item, a defesa postula a revisão com base *“na descoberta de documentos novos (acórdão de julgamento dos embargos de declaração) e desprezo à prova dos autos”*.

5.2.2. Exame dos argumentos articulados pela defesa

i) Aduz a defesa que o autor comandava a SMP&B Comunicação e jamais funcionou como administrador da empresa DNA Propaganda. De tal modo, compreende que, no ponto, não se fazem presentes os pressupostos da responsabilidade penal.

É incontroverso que a DNA Propaganda era integrada, entre outros, pela empresa Grafitti Participação, da qual o autor também era sócio e controlador. Em razão dessa posição na Grafitti, o autor fazia parte do

RvC 5450 / DF

Conselho de Cotistas da DNA Propaganda, órgão ao qual cabia a tomada de decisões da aludida empresa.

Articula a defesa, contudo, que esse cenário não possibilitava a conclusão de que o autor funcionava como administrador da agência DNA Propaganda.

Ocorre que, ao ser interrogado, MARCOS VALÉRIO, também condenado na AP 470/DF, afirmou que “na DNA, contudo, existia um conselho dos cotistas, que tomavam as decisões macro e os administradores, que cumpriam as decisões do conselho cotista” (fl. 16.357 do apenso 315, grifei).

Ou seja, ainda que se alegue que o autor não ocupava cargo formal de administrador da DNA Propaganda, há prova nos autos evidenciando que, por meio do Conselho de Cotistas da agência, participava da tomada das decisões que eram implementadas por gestores.

Esse cenário, segundo o acórdão condenatório, foi corroborado por testemunhas que afirmaram que o grupo da SMP&B Comunicação era o mesmo que comandava a DNA Propaganda, pouco importando, nesse particular, eventual disposição em contrário em sede de contrato social.

A esse respeito, sintetizou o Min. Joaquim Barbosa (fl. 52.346, AP 470/DF, grifei):

“No caso, várias testemunhas afirmaram que a DNA Propaganda era controlada pelo mesmo grupo da SMP&B Comunicação, de que o Sr. CRISTIANO PAZ era Presidente e o Sr. RAMON HOLLERBACH era o Vice-Presidente de Desenvolvimento (Apenso 448).

Note-se, também, que os dois acusados assinavam cheques pela DNA Propaganda (Apenso 87, volume 3), e, inclusive, o acusado CRISTIANO PAZ assinou o cheque que se destinou ao pagamento de R\$ 326.660,67 para o Sr. HENRIQUE PIZZOLATO, como será detalhado adiante.

Os três acusados presidiam a DNA Propaganda, através do Conselho de Quotistas. Com efeito, nos termos do Contrato Social da DNA Propaganda (Cláusula Quinta), **o Conselho de Quotistas era composto por CRISTIANO PAZ, Renilda Maria**

RvC 5450 / DF

Santiago Fernandes de Souza (que passou procuração para o Sr. MARCOS VALÉRIO) e **RAMON HOLLERBACH**, os três representando a sócia Graffiti Participações Ltda., que detinha 50% do capital social da DNA; além do Sr. Daniel da Silva Freitas (falecido em 2002), com 40% do capital; e do Sr. Francisco Marcos Castilho Santos, com 10% (fls. 4289).

A Presidência do Conselho de Quotistas cabia, alternadamente, ao Sr. Daniel Freitas, que faleceu antes dos fatos agora em julgamento, e à Graffiti. O Sr. Walfrido dos Mares Guia afirmou, em testemunho prestado nestes autos, depois da morte do Sr. Daniel Freitas em 2002, a SMP&B e a DNA passaram a ser controladas pelo mesmo grupo (v. 98, fls. 21.272/9), ou seja, Srs. MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH.”

Nesse mesmo sentido, segundo descrito em voto apresentado pela eminente Min. Rosa Weber (fls. 53.217/53.218, *grifei*):

“Consta ainda dos autos depoimento de Walfrido dos Mares Guia (v. 98, fls, 21.272/9), afirmando que, após a morte do Sr. Daniel Freitas em 2002, a SMP&B e a DNA Propaganda passaram a ser controladas pelo mesmo grupo composto exclusivamente pelos 5º denunciado (Marcos Valério), 6º denunciado (Ramon Hollerbach) e o 7º denunciado (Cristiano Paz).”

Não se pode equiparar o Conselho de Cotistas às Assembleias que compõem sociedades anônimas, tendo em vista que a criação desse órgão específico não transforma determinada sociedade de pessoas em sociedade de capital.

Registro que os cheques emitidos pelo autor foram tomados tão somente como indícios de que o então acusado detinha poder de gestão sobre a DNA Propaganda. Para esta finalidade, revela-se indiferente o debate acerca da licitude desses pagamentos. Ou seja, atos de gestão, lícitos ou não, podem indicar que determinado agente exercia poderes de

RvC 5450 / DF

administração, o que pode repercutir em outros acontecimentos que consubstanciem desdobramentos desses poderes.

ii) Em relação à natureza dos recursos objeto de desvio concluiu o Relator que “*quem pagou à DNA Propaganda foi o Banco do Brasil, e não a Visanet, que foi mera repassadora desses recursos do Banco*” (AP 470/DF, fl. 52.356).

Ainda que assim não fosse, em diversas oportunidades, Ministros do Tribunal explicitaram que a natureza do Fundo Visanet não interferia na tipicidade objetiva. Nesse sentido, por todos, transcrevo trecho do bem lançado voto do eminente Min. Ricardo Lewandowski, revisor da AP 470/DF (fl. 52.498/52.499, *grifei*):

“O peculato, como visto, exige a comprovação de que o autor é funcionário público, e que o bem móvel, **público ou particular**, tenha sido desviado em razão do cargo ou da função pública por ele exercidos

(...)

Assim, a argumentação desenvolvida pela defesa, quanto à natureza dos recursos administrados pelo VISANET, não possui, a meu ver, **nenhuma importância para efeitos penais**, pois o crime de peculato fica caracterizado toda vez que for comprovado que o desvio de bem móvel, **qualquer que seja a sua natureza (pública ou privada)**, foi levado a efeito por funcionário público, no exercício de sua função. **É o caso, por exemplo, do oficial de justiça ou do depositário judicial que se apropria de um bem particular.**”

A propósito, trata-se de disposição literal do Código Penal:

“Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, **público ou particular**, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.”

RvC 5450 / DF

iii) Argumenta a defesa que, como o autor não desempenhava funções de gestão na DNA Propaganda, não foi possível, no âmbito da AP 470/DF, aprofundar a análise das finanças da referida agência, o que teria sido realizado apenas em momento posterior à condenação. Pondera que esse contexto impossibilitou, a tempo e modo, a produção da prova.

Noticia que, supervenientemente à condenação, foram coletados documentos que foram remetidos a perito contratado, o que teria culminado na comprovação da prestação dos serviços de publicidade associados ao Fundo Visanet. Acrescenta que, diante dessa conclusão, foram expedidas notificações extrajudiciais a diversos fornecedores, sendo que vários deles teriam confirmado a realização dos serviços, o que, ainda na ótica da defesa, já afastaria o argumento de que os quase 74 milhões de reais foram “*graciosamente*” distribuídos à DNA Propaganda. Assim, os novos documentos comprovariam que no mínimo 89,05% dos R\$ 73.851.356,18 teriam sido gastos com publicidade. Em suma, as provas supervenientes dissipariam a conclusão no sentido de que ocorreu indevida antecipação de recursos sem a prestação de serviços.

Pois bem. O que, na minha compreensão, merece ser enfatizado, é que a condenação lastreou-se em vários fundamentos que apontaram a irregularidade do repasse dos valores, sendo que diversos deles sequer são impugnados.

Em **primeiro lugar**, saliento que as provas angariadas pela defesa nesta ocasião não podem ser consideradas novas para o fim de legitimar o emprego de revisão criminal.

Tais elementos poderiam ter sido, oportunamente, colhidos na AP 470/DF. Para tanto, é de menor relevo técnico-jurídico se o autor ditava ou não os rumos da DNA Propaganda, já que seria possível dirigir requerimento ao eminente Relator, juiz da instrução (art. 2º, Lei 8.038/90), a fim de alcançar a exibição desses documentos.

Mais do que isso, ainda que se admitisse que o autor não detinha qualquer poder de condução da DNA Propaganda (o que já foi afastado), merece ênfase o fato de que, na qualidade de integrante do Conselho de Cotistas, é pouco provável que tais provas não lhe seriam acessíveis. Isso

RvC 5450 / DF

sem mencionar a proximidade entre os sócios e as empresas DNA Propaganda, SMP&B Comunicação e Grafitti Participação (estas últimas funcionando no mesmo endereço), conforme exhaustivamente mencionado no acórdão condenatório.

Em **segundo lugar**, a DNA Propaganda **não possuía instrumento contratual** que justificasse a execução de serviços publicitários associados ao Fundo Visanet. Acentuou o Relator, nesse sentido, que:

“HENRIQUE PIZZOLATO agiu com o dolo de beneficiar a agência representada por MARCOS VALÉRIO, que não havia prestado qualquer serviço em prol dos cartões do Banco do Brasil de bandeira Visa, **tampouco tinha respaldo contratual para fazê-lo**. De fato, **o contrato entre a DNA Propaganda e o Banco do Brasil não fazia qualquer alusão à Visanet** (fls. 45/71, Apenso 83, vol. 1)” (AP 470, fl. 52.356, *grifei*).

A defesa alega que, como imaginava que os recursos desse Fundo teriam natureza privada, supunha que a formalização de instrumento contratual seria dispensável.

Essa alegação, como visto, não foi então aceita pelo Tribunal Pleno, até porque, conforme detidamente examinado no acórdão condenatório, era estreme de dúvidas que o Fundo Visanet funcionava como meio de repasse de recursos segundo determinações do Banco do Brasil.

Mesmo que a alegação da natureza privada dos recursos que compõem o Fundo pudesse ser acolhida, no mínimo causaria estranheza que um negócio jurídico de quase 74 milhões de reais, ainda que fosse completamente submetido a regime privado, não possuísse instrumento contratual, mesmo que rudimentar.

Com efeito, não assiste razão jurídica à defesa ao articular que “*a ausência de contrato implicaria, no máximo, em irregularidade*” (fl. 16). A uma, a Constituição Federal é expressa ao submeter as sociedades de economia mista aos princípios da Administração Pública (CF, art. 173, §1º, III). A duas, pelo fato de que as normas gerais de licitação e contratação são extensíveis às tais modalidades societárias (CF, art. 22, XXVII). De tal

RvC 5450 / DF

modo, a ausência de lastro contratual não é desimportante, descabendo potencializar a alegação no sentido de que *“ainda que de forma anômala, existiu a relação jurídica”* (fl. 28).

Em **terceiro lugar**, os repasses ocorreram em **05.05.2003, 03.11.2003, 20.01.2004 e 11.05.2004**, sendo que, em **15.01.2004**, HENRIQUE PIZZOLATO, em razão de exercer a função de Diretor de Marketing do Banco do Brasil, recebeu R\$ 326.660,67 (trezentos e vinte e seis mil, seiscentos e sessenta reais e sessenta e sete centavos) por meio de cheque emitido pela DNA Propaganda e assinado por CRISTIANO PAZ, um dos sócios dessa empresa, bem como da SMP&B Comunicação e da Grafitti Participação (e, por consequência, da DNA Propaganda), fato que motivou a condenação do autor e dos demais dirigentes da agência de publicidade por corrupção ativa. A propósito, esse capítulo do édito condenatório não é, nesta ocasião, objeto de impugnação, de modo que deve ser observada, no ponto, a coisa julgada material.

Além disso, no contexto dos valores oriundos do aludido cheque, narrou o Relator que *“o dinheiro foi recebido em espécie”* (AP 470/DF, fl. 52.324). Na mesma linha (AP 470/DF, fls. 52.386-52.387, *grifei*):

“O pagamento identificado nestes autos – R\$ 326.660,67 – ocorreu no dia 15 de janeiro de 2004, tendo por origem a conta da agência DNA Propaganda no Banco Rural.

A comprovação consta do Apenso 87, volume 3, fls. 729/738.

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

O dinheiro foi entregue na agência do Banco Rural no Rio de Janeiro, ao intermediário do Sr. HENRIQUE PIZZOLATO, o mensageiro da PREVI Luiz Eduardo Ferreira da Silva, cuja

RvC 5450 / DF

assinatura foi colhida no local, num dos **'recibos' informais de uso interno dos réus (fls. 736, Apenso 87, volume 3)**.

Ouvido, o Sr. Luiz Eduardo Ferreira da Silva declarou que prestava serviços à PREVI, de que o Sr. HENRIQUE PIZZOLATO era Presidente, e que **havia recebido o dinheiro a pedido do réu, a quem finalmente entregou os recursos.** Eis o depoimento prestado pelo Sr. Luiz Eduardo Ferreira da Silva nestes autos (fls. 992/994, vol. 4):

'(...) Que, no dia 15 de janeiro de 2004, recebeu uma ligação de HENRIQUE PIZZOLATO no setor onde o depoente trabalha; Que, nesta ligação, PIZZOLATO solicitava que o depoente fosse ao Banco Rural e pegasse 'um documento'; Que HENRIQUE PIZZOLATO era o presidente do conselho deliberativo da PREVI; Que PIZZOLATO também disse ao depoente que era para entrar em contato com o motorista chamado JOSÉ CLÁUDIO, para que essa pessoa o levasse de carro até o Banco Rural; Que HENRIQUE PIZZOLATO passou o endereço e o nome da pessoa com quem o depoente iria pegar 'os documentos'; Que dirigiu-se de carro até o Banco Rural (...); Que, lá dentro, procurou a pessoa indicada por HENRIQUE PIZZOLATO, que o atendeu em um setor onde não existe atendimento ao público; (...) Que o funcionário do banco colocou dois pacotes embrulhados em papel pardo em cima da mesa, e pediu ao depoente que assinasse um recibo; Que o depoente ainda questionou ao funcionário do que se tratava, sendo que o bancário disse que era um recibo pelo fato do depoente estar recebendo dois embrulhos; (...) Que HENRIQUE PIZZOLATO tinha solicitado ao depoente que levasse 'os documentos' na sua residência, localizada na Rua (...) Que, chegando na residência de HENRIQUE PIZZOLATO, foi o mesmo quem o recepcionou na porta de seu apartamento; Que entregou os dois embrulhos nas mãos de HENRIQUE PIZZOLATO; (...) Que deseja

RvC 5450 / DF

consignar que, em 2002, HENRIQUE PIZZOLATO emprestou R\$ 18.000,00 ao depoente (...); Que esse dinheiro serviu para a aquisição da residência onde o depoente mora.”

Merece ênfase o fato de que HENRIQUE PIZZOLATO foi condenado por ter sido o responsável por determinar os adiantamentos que favoreceram a agência DNA Propaganda. Portanto, nos termos do voto proferido pelo eminente Min. Luiz Fux (AP 470/DF, fl. 52.762), *“há prova nos autos do pagamento de vantagem indevida a Henrique Pizzolato pela DNA Propaganda, o que confere ao crime de peculato uma motivação”*.

Em **quarto lugar**, concluiu-se que ao menos parte dos valores desviados do Fundo Visanet teria agentes políticos como direção final, sendo utilizada a SMP&B Comunicação como meio de distanciamento entre a fonte (Banco do Brasil) e os destinatários (pessoas indicadas por Delúbio Soares), percurso inclusive admitido por diversos acusados. Também foram repassados valores ao próprio autor.

A propósito, é incontroverso que o autor dirigia as ações da SMP&B Comunicação. Registro, nesse sentido, que, ao impugnar outro tópico da condenação, o autor reconheceu tal circunstância (fl. 82, *grifei*):

“Aqui, importante dizer, ao contrário do que se disse quanto à DNA, Ramon **participou ativamente da execução do contrato** e possui plena convicção de que todo o serviço foi realizado com a efetiva participação de sua agência (a SMP&B).”

Acerca da transferência de recursos desviados do Fundo Visanet, a título ilustrativo, reproduzo a observação tecida pelo eminente Min. Luiz Fux (AP 470/DF, fl. 53.212):

“Segundo o Laudo Pericial nº 2828/2006, **parte do dinheiro desviado do Fundo Visanet foi repassado para a conta de titularidade da SMP&B Comunicação, da qual o 6º denunciado (Ramon Hollerbach) era Vice-Presidente de**

RvC 5450 / DF

operações. Vale dizer, os estreitos laços que ligavam o 17º denunciado (Henrique Pizzolato) e os sócios da DNA Propaganda – 5º denunciado (Marcos Valério), o 6º denunciado (Ramon Hollerbach) e o 7º denunciado (Cristiano Paz) **prepararam o terreno para que os repasses se concentrassem na aludida agência de publicidade.**”

Essa circunstância retira relevância do argumento defensivo atinente ao apontado equívoco quanto à destinação de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais). A distribuição desses recursos deu esteio a elemento decisivo à condenação, já que é natural que a DNA Propaganda compartilhe lucros com seus sócios (nos quais se inclui a Graffiti Participações, da qual o autor era igualmente sócio). Eventual erronia na explicitação sobre esse aspecto não afasta a conclusão no sentido de que tais valores, ainda que parcialmente, foram encaminhados ao ora requerente.

Em sentido semelhante, segundo voto do Relator (AP 470/DF, fl. 52.391, *grifei*), Paulino Alves Ribeiro Junior, então Diretor Financeiro da agência DNA Propaganda, descreveu que:

“(…) MARCOS VALÉRIO solicitava saques de montantes elevados ‘da conta corrente da empresa DNA Propaganda’, a pretexto de:

1) **distribuição de lucros para a empresa Graffiti**, que era **controlada, exclusivamente**, pelos réus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e **RAMON HOLLERBACH**;

2) **empréstimos à empresa SMP&B Comunicação**, também **controlada, exclusivamente**, pelos mesmos três acusados, MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e **RAMON HOLLERBACH** (fls. 1688, vol. 8).”

Além disso, o Laudo 1450/07 (Apenso 143, fl. 57), igualmente mencionado pelo Relator, rastreou a destinação de parte desses recursos. Após sucessivas transações e empréstimos, minuciosamente descritos nas fls. 52.375-52.385, consta que R\$ 6.463.732,73 (seis milhões, quatrocentos e sessenta e três mil reais, setecentos e trinta e dois reais e setenta e três

RvC 5450 / DF

centavos) foram encaminhados à empresa 2S Participações Ltda, vinculada a MARCOS VALÉRIO. Há menção de que, a partir da conta bancária da 2S Participações, **foram destinados, em 19.05.2004, R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil) diretamente a RAMON HOLLERBACH CARDOSO (AP 470/DF, fl. 52.381)**. Essa afirmação, novamente salientada pelo Relator em sede de embargos declaratórios, não foi realmente impugnada neste pedido de revisão.

Assim, ainda que se acolhesse o suscitado erro nesse item quantitativo de julgamento quanto à afirmação no sentido de que R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) teriam sido destinados ao requerente, as demais informações contidas no acórdão condenatório permitem reconhecer que recursos foram direcionados, pessoalmente, a **RAMON**.

Voltando ao tema afeto à inserção dos fatos no contexto de empréstimos destinados a agentes políticos, transcrevo as seguintes ponderações do eminente Min. Joaquim Barbosa, Relator da AP 470/DF (fls. 52.361-52.362, *grifei*):

“Por outro lado, o emprego dado pela DNA Propaganda aos recursos demonstra que o desvio foi premeditado e estava vinculado aos empréstimos que os Senhores MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH e, ainda, o advogado de suas empresas, Sr. ROGÉRIO TOLENTINO, vinham firmando com o Banco Rural e o BMG, para repassar recursos ao Partido dos Trabalhadores. Cito o que constou, inicialmente, do Relatório Parcial sobre Movimentação Financeira, produzido pela CPMI dos Correios, *verbis*:

‘A CPMI rastreou os dois maiores créditos efetuados pela Visanet à DNA – R\$ 23,3 milhões em 20/5/2003 e R\$ 35 milhões em 12/3/2004, e verificou que:

a) Quanto ao crédito de R\$ 35 milhões, observa-se que, em 12/3/2004, a Visanet depositou R\$ 35 milhões na conta da DNA no Banco do Brasil; no dia útil imediato, a DNA transferiu R\$ 35 milhões para outra agência do

RvC 5450 / DF

Banco do Brasil e, no mesmo dia, aplicou R\$ 34,8 milhões em fundo de investimento do Banco; pouco depois, em 22/4/2004, a DNA efetuou uma TED de R\$ 10 milhões a crédito do Banco BMG, referente à compra de certificados de depósito bancário; quatro dias depois, em 26/4/2004, foi concedido empréstimo de exatos R\$ 10 milhões do Banco BMG a ROGÉRIO LANZA TOLENTINO & ASSOCIADOS. Como garantia, apenas o aval de MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA e ROGÉRIO LANZA TOLENTINO e a aplicação financeira da DNA junto ao BMG acima referida. Apenas após a instalação da CPMI foi proposta a execução judicial do crédito.

b) No tocante ao crédito de R\$ 23,3 milhões, verifica-se que, em 19/5/2003, a Visanet depositou R\$ 23,3 milhões na conta da DNA no Banco do Brasil; no dia seguinte mesmo, a DNA aplicou R\$ 23,2 milhões em fundo de investimento do próprio Banco do Brasil; depois, estranhamente, em 26/5/2003, a SMP&B, também pertencente a MARCOS VALÉRIO, tomou empréstimo de R\$ 19 milhões no Banco Rural.'

Como salientamos na decisão de recebimento da denúncia, a omissão do Sr. HENRIQUE PIZZOLATO '*adquire ainda maior relevância quando examinada no contexto geral dos fatos*', que demonstram o emprego desses recursos desviados em favor da DNA '*em esquemas de pagamentos suspeitos*' (fls. 11.842, vol. 55). **No curso da ação penal, comprovou-se que os recursos foram destinados ao pagamento de parlamentares indicados, diretamente, pelo Sr. DELÚBIO SOARES."**

Acrescenta o Relator que (AP 470/DF, fl. 52.363, *grifei*):

"De fato, os empréstimos obtidos pelos réus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH,

RvC 5450 / DF

utilizando-se dessa milionária verba ilicitamente repassada para a conta de livre movimentação dos acusados, foram **destinados a pessoas indicadas pelo Sr. DELÚBIO SOARES, como admitiram os próprios acusados** (Fls. 731/732, vol. 3; fls. 1193/1196, vol. 5; fls. 1210/1215, vol. 5; fls. 2253/2256, vol. 11).”

Na mesma direção, partindo do cheque sacado pelo Diretor de Marketing do Banco do Brasil, ponderou o eminente Min. Luiz Fux (AP 470/DF, fl. 53.215, *grifei*):

“Demais disso, verifica-se que a empresa DNA Propaganda, da qual o 6º denunciado (Ramon Hollerbach) era um dos sócios, fora agraciada, dias após a emissão do cheque, com a transferência de R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais), devidamente autorizados pelo 17º denunciado (Henrique Pizzolato). De efeito, **essa transferência habilitou a DNA Propaganda a firmar empréstimos junto ao Banco BMG, cuja finalidade precípua era repassar essas verbas a pessoas previamente apontadas pelo 3º denunciado (Delúbio Soares)**. O depoimento do 5º denunciado (Marcos Valério), a fls. 356, vol. 2, confirma o ocorrido.”

Ou seja, os desvios de recursos do Fundo Visanet inserem-se em um contexto de maior amplitude, especialmente no cenário de empréstimos concedidos por instituições bancárias com a finalidade de alcançar o encaminhamento desses valores a partidos políticos. Mais do que isso, para a consecução dessa finalidade, verificou-se a utilização da SMP&B Comunicação, empresa que o próprio autor reconhece que comandava, bem como que parte dos recursos foram, após sucessivas transações, repassadas ao autor.

Em **quinto lugar**, o acórdão condenatório, em diversas passagens, conclui que Henrique Pizzolato violou normas internas do Banco do Brasil para determinar os repasses. Assentou o Relator (AP 470/DF, fls. 52.356-52.358, *grifei*):

RvC 5450 / DF

“Ao contrário do que alega a defesa do Sr. HENRIQUE PIZZOLATO, no sentido de que todas as decisões eram tomadas por um Comitê e dependiam de dezenas de decisões, o **Relatório de Auditoria Interna do Banco do Brasil (fls. 29.337/29.336, Ap. 427)** salientou que o réu HENRIQUE PIZZOLATO, então Diretor da DIMAC (Diretoria de Marketing e Comunicação do Banco do Brasil), foi, efetivamente, **o maior responsável pelos repasses ilícitos em proveito da DNA Propaganda.**

Segundo o Relatório de Auditoria Interna do Banco do Brasil, o que ocorreu foi, exatamente, **a violação, pelo Sr. HENRIQUE PIZZOLATO, das alçadas decisórias do Banco (Ap. 427, fls. 29.337/29.256 [55]):**

‘Período de 2003 a 2004 - Repasses de recursos do Fundo de Incentivo para conta corrente de livre movimentação da empresa DNA Propaganda Ltda., no decorrer de 2003 e 2004, com as seguintes características:

a) **Ausência de aprovação formal dos escalões detentores das respectivas alçadas decisórias:** Comitê de Administração das Diretorias de Marketing e Comunicação e de Varejo, Comitê de Comunicação e Conselho Diretor.’

Com efeito, os auditores constataram que o réu HENRIQUE PIZZOLATO **violou as normas internas do Banco do Brasil e, sem submeter suas decisões às alçadas competentes e aos órgãos de controle interno, determinou os repasses antecipados de recursos da ordem de R\$ 73.851.536,18 para as contas controladas pela DNA Propaganda, sabendo que não havia previsão contratual para fazê-lo.**

Eis o que mais constou do Relatório de Auditoria Interna (fls. 29.337/29.336, Ap. 427):

“2.12.2. Os normativos internos do Banco, relacionados a alçadas decisórias, **não possibilitavam que estas aprovações fossem exercidas isoladamente ou, em**

RvC 5450 / DF

conjunto, por dois Diretores, como na forma utilizada quando da aprovação das Notas Técnicas dos citados repasses.

2.12.2.1. Com o procedimento adotado, os Diretores de Marketing e Comunicação e de Varejo **avocaram para si atribuições que deveriam ser exercidas em colegiados, desconsiderando a segregação de funções estabelecidas na arquitetura de governança da Empresa.**"

Além das irregularidades nos adiantamentos sem lastro contratual, nos termos do voto do Relator, a Auditoria Interna do Banco do Brasil constatou que *"o Sr. HENRIQUE PIZZOLATO não exerceu o controle necessário sobre o emprego dessa verba (Ap. 427, fls. 29337)"* (AP 470/DF, fl. 52.363).

A defesa também alega que parte dos controles exigidos teria surgido apenas após a ocorrência dos repasses, de modo que, nessas circunstâncias, o Diretor teria seguido as rotinas vivenciadas em pagamentos anteriores.

Esse ponto foi minuciosamente afastado no acórdão condenatório. A distinção apontada, em verdade, é que, nos repasses anteriores, a Diretoria de Marketing emitia notas técnicas que propunham a aprovação de ações determinadas, sendo que, no caso concreto, a proposta limitou-se à autorização de pagamentos. Confira-se (AP 470/DF, fls. 52.372-52.373, grifei):

*"Aliás, ao contrário do contido na alegação da defesa, **os repasses feitos nos anos anteriores (2001 e 2002) não seguiram a mesma sistemática**. Isso lança por terra o argumento do réu HENRIQUE PIZZOLATO, de que **simplesmente teria seguido as regras já praticadas**. Leio o trecho pertinente da análise realizada pelos Auditores sobre esses repasses (fls. 29.325/29.324, Ap. 427):*

'4.3.5.1.6. A alegação, registrada no item '13' da correspondência de 18.12.2006, de que '(...) se entendia, em

RvC 5450 / DF

todos os escalões decisórios, que as normas do Banco não se aplicavam ao Fundo de Incentivo', não é procedente, posto que, **diversas notas técnicas que propunham a utilização de recursos do Fundo de Incentivo Visanet, desde 2001, foram submetidas para aprovação dos Colegiados, cujas competências e alçadas estavam definidas nos normativos internos, os quais, não distinguindo a origem dos recursos,** eram observados.
(...)

(...)

4.3.5.2. Quanto à alegação de que a sistemática de antecipação de pagamento era conhecida e praticada por outros escalões, (...) cabem os seguintes esclarecimentos :

a) em 2001/2002, as respectivas Notas tinham o **objetivo de propor a aprovação da realização de ações de incentivo previamente definidas**, indicando o valor e a origem dos recursos, sem especificar, em seu texto, para quem e em quais condições aqueles deveriam ser disponibilizados (não obstante, a antecipação de pagamento, sem autorização formal, ocorrida no período, é um dos itens que integram o objeto da presente apuração);

b) na sistemática adotada em 2003/2004, as Notas de repasse tinham **objetivo específico de aprovar o aporte financeiro da verba disponibilizada pelo Fundo** - definindo seu valor - e o repasse da verba para a DNA Propaganda Ltda. (...) ”

Complementa o Relator (AP 470/DF, fl. 52.373, *grifei*):

“Enquanto, no período anterior (2001/2002), as Notas Técnicas detalhavam ações de *marketing*, e não quem seria beneficiário dos recursos, **no período do Sr. HENRIQUE PIZZOLATO deu-se uma inversão: as Notas Técnicas visavam, tão-somente, a determinar a transferência dos recursos para a DNA Propaganda, sem especificação das ações**

RvC 5450 / DF

que deveriam ser realizadas.”

Consigno que não altera a conclusão condenatória a argumentação da defesa no sentido de que o Ministério Público nunca denunciou gestores de outras agências de publicidade que receberam antecipação global de pagamentos sem discriminação dos serviços. Sem adentrar no mérito da licitude de outras condutas, é certo que eventual omissão ministerial em relação a fatos semelhantes não beneficia o autor. Ou seja, possível disposição indevida da ação penal no contexto de outros fatos não se comunica a terceiro.

Insuficiente, na mesma linha, o fato da DNA Propaganda nunca ter sido processada civilmente para fins de ressarcimento, até porque as instâncias cível e penal são independentes. Entendimento diverso significaria que a ausência do exercício de uma pretensão cível prejudicaria a pretensão acusatória e, por consequente, a punitiva, o que não é admissível.

O Relator também mencionou que a Diretoria de Marketing não adotou os controles necessários para aferir a **execução** dos serviços de publicidade (AP 470, fl. 52.361, *grifei*):

“Porque também demonstra o dolo do Sr. HENRIQUE PIZZOLATO de beneficiar a DNA Propaganda com recursos depositados sem contraprestação de serviços, merece ser destacado que **o Relatório de Auditoria Interna do Banco do Brasil, de 7.12.2005 (fls. 5227-verso/5243, vol. 25, parte 1), salientou a inexistência de qualquer controle sobre esses recursos transferidos por antecipação para a DNA Propaganda,** e só a partir de setembro de 2004, **depois de determinação da auditoria interna que detectou as inúmeras ilicitudes** que vinham sendo perpetradas com aqueles milionários recursos do Banco do Brasil junto ao Fundo Visanet [62], passaram a ser solicitados documentos à DNA Propaganda sobre a destinação dada aos recursos [63].”

Em suma, *“como demonstraram os Relatórios de Auditoria do Banco do*

RvC 5450 / DF

Brasil, o Sr. HENRIQUE PIZZOLATO, através das ‘antecipações’ de depósito na conta da DNA Propaganda determinadas diretamente à Visanet, evitou que suas decisões passassem pelo crivo das alçadas e competências gerenciais e executivas do Banco do Brasil, as quais, assim, foram flagrantemente violadas pelo então Diretor de Marketing, no iter criminis” (AP 470/DF, fl. 52.370).

Além disso, “o desvio de recursos do Banco do Brasil junto ao Fundo Visanet foi facilitado pela sistemática de transferência que o Sr. HENRIQUE PIZZOLATO decidiu utilizar, dispensando o trânsito daqueles valores pelo Banco do Brasil.” (AP 470/DF, fl. 52.367).

Em **sexto lugar**, diversos Ministros desta Suprema Corte enfatizaram o teor das declarações prestadas pela testemunha Danévita Ferreira de Magalhães, então Diretora de Núcleo de Mídia do Banco do Brasil (NMBB), no sentido de que os repasses decorrentes do Fundo Visanet constituíam uma maneira de tão somente propiciar pagamentos em favor da DNA Propaganda, os quais, como visto, tinham como destinação final o abastecimento financeiro de agentes indicados por DELÚBIO SOARES. Acerca desse ponto, transcrevo trecho do voto proferido pelo eminente Min. Joaquim Barbosa (AP 470/DF, fls. 52.371-52.372, *grifei*):

*“A demonstração do dolo do Sr. HENRIQUE PIZZOLATO, no sentido de desviar recursos de que tinha a posse em proveito da DNA Propaganda, também pode ser colhida do depoimento da **então Diretora do Núcleo de Mídia do Banco do Brasil (NMBB), Senhora Danévita Ferreira de Magalhães (v. 93, fls. 20.114/20.129), segundo a qual ‘quem realmente comandava’ era o réu HENRIQUE PIZZOLATO.** A testemunha afirmou, ainda, que (fls. 20.123/20.124):*

“(…) que, no ano de 2003, lhe foi apresentado o plano de mídia da campanha do Banco do Brasil/Visa Electron para verificar e análise, para posterior pagamento; que cabia à declarante atestar que a campanha havia sido realmente veiculada, para poder autorizar o pagamento aos veículos; que, entretanto, o dinheiro já havia sido transferido para a DNA

RvC 5450 / DF

Propaganda, sendo que o plano de mídia Banco do Brasil/Visa Electron apresentado iria apenas regularizar e **simular a prestação do serviço de publicidade**; que, entretanto, esta campanha, no valor aproximado de 60 milhões, de fato **nunca havia sido veiculada**; que o **próprio diretor de mídia da agência DNA Propaganda, Fernando Brada, afirmou para a declarante que esta campanha do Banco do Brasil/Visa Electron não tinha nem iria ser veiculada**; que cabia à agência DNA Propaganda apresentar as notas fiscais relativas aos gastos de veiculação da referida campanha; que acredita que **as notas fiscais frias emitidas pela DNA Propaganda e que estavam sendo destruídas, conforme notícia da imprensa, foram elaboradas para justificar esta campanha de 2003 e outras campanhas que nunca foram veiculadas**; que, a partir da sua recusa em assinar o plano de mídia do Banco do Brasil/Visa Electron do ano de 2003, bem como outros documentos que poderiam lhe comprometer, percebeu que iria ser demitida; que foi comunicada por Roberto Messias, à época gerente de mídia do Banco, que seria demitida [69] (...)”.

Portanto, embora a defesa alegue (fl. 29) que as notas fiscais emitidas para legitimar o pagamento antecipado “*não eram falsas, porque cada uma delas estava ligada a uma Proposta de Ações de Incentivo (JOB)*”, há prova que milita em sentido contrário, ou seja, dá conta de que, ao menos no momento dos pagamentos, inexistia e não se pretendia a veiculação dos serviços de publicidade, a configurar desvio de recursos.

O contraste entre essas provas, conforme mencionado à exaustão, longe do desprezo à evidência dos autos, insere-se no âmbito do livre convencimento motivado, espaço que desborda do âmbito da revisão criminal.

Em **sétimo lugar**, foi sopesada a existência de notas fiscais inautênticas (e algumas sequer contabilizadas) emitidas pela DNA Propaganda com a finalidade de justificar o recebimento antecipado dos

RvC 5450 / DF

valores (AP 470/DF, fl. 52.363-52.365):

“Para receber os recursos, a DNA Propaganda emitiu notas fiscais que, ainda mais grave, **a perícia concluiu serem falsas**, nas quais **não houve especificação dos serviços correspondentes aos milionários valores depositados na conta da agência** (fls. 37.539).

Aliás, **a DNA Propaganda nem mesmo registrou, em sua contabilidade, duas dessas notas fiscais frias** (Laudo 3058/2005, fls. 8452/8472).

(...)

Destaque-se, ainda, que **o Laudo 2828 concluiu serem fraudulentas, formal e materialmente, as quatro notas fiscais emitidas pela DNA Propaganda para justificar o recebimento dos repasses de R\$ 23,3 milhões; R\$ 6.454.331,43; R\$ 35 milhões; e R\$ 9.097.024,75, feitos por determinação do então Diretor de Marketing do Banco do Brasil.**”

A propósito, os peritos judiciais examinaram toda a contabilidade da DNA Propaganda e concluíram pela falsidade de “*dezenas de milhares*” de notas fiscais, dentre elas algumas emitidas contra o Fundo Visanet e que correspondiam aos valores repassados (AP 470/DF, fl. 52.365):

“Destaque-se, ainda, que o Laudo 2828 concluiu serem **fraudulentas**, formal e materialmente, as quatro notas fiscais emitidas pela DNA Propaganda para justificar o recebimento dos repasses de R\$ 23,3 milhões; R\$ 6.454.331,43; R\$ 35 milhões; e R\$ 9.097.024,75, feitos por determinação do então Diretor de Marketing do Banco do Brasil [66].

Os peritos judiciais concluíram que, entre essas fraudes:

(...)

3) **‘Foram emitidas dezenas de milhares de notas fiscais falsas.** Vide letra i, parágrafo 16, e parágrafo 22, da seção III – DOS EXAMES. Entre essas, pode-se destacar **três notas fiscais da DNA emitidas à CBMP (Visanet): NF 029061, de 05/05/03, R\$ 23.300.000,00; NF 037402, de 13/02/04, R\$ 35.000.000,00; NF**

RvC 5450 / DF

033997, de 11/11/03, R\$ 6.454.331,43 (...)' (§75).“

Ainda com base no Laudo 2828/06-INC, concluiu o Relator que *“as notas fiscais analisadas foram emitidas [pela DNA] como custo interno, o que significa que a própria empresa deveria ter prestado todos os serviços relacionados às notas, não existindo referência a contratações de outros prestadores de serviços”* (AP 470/DF, fl. 52.365).

Ponto que a defesa não apresentou argumentos aptos à desconstituição das conclusões dos *experts*, especialmente no que toca à falsidade **material** das notas fiscais. Com efeito, a alegação de que o *“laudo não explica de forma **satisfatória** as razões que levaram os doutos peritos a concluir pela falsidade das notas fiscais (tudo o que se diz é que foram impressas de forma supostamente não autorizadas”*, não se coaduna com a destinação da revisão criminal, que exige mais do que pedido de reexame das provas.

Em **oitavo lugar**, HENRIQUE PIZZOLATO concedeu antecipação de mais de 23 milhões de reais em **05.05.2003**, sendo que o contrato entre a DNA Propaganda e o Banco do Brasil (que, repito, sequer contemplava serviços vinculados ao Fundo Visanet) tinha **setembro de 2003** como termo final. Relevantes, nessa linha, as seguintes considerações tecidas pelo eminente Relator (AP 470/DF, fls. 52.373-52.374, *grifei*):

*“Portanto, o Sr. HENRIQUE PIZZOLATO determinou a transferência de R\$ 23,3 milhões para a conta bancária da DNA Propaganda, a título de ‘antecipação’, **embora** o contrato da agência com o Banco do Brasil já estivesse no período de prorrogação e só restassem dois meses para o novo procedimento licitatório.*

*Ou seja, **o acusado não tinha nenhuma garantia legítima de que a DNA Propaganda continuaria a ser uma das agências de publicidade do Banco do Brasil.**”*

Em **nono lugar**, concluiu-se no Laudo 2828/2006 que a ausência de comprovação da prestação dos serviços, longe de argumento central da

RvC 5450 / DF

condenação, consubstanciaria **agravamento** desse quadro (AP 470/DF, fl. 52.385):

“212. A utilização dos recursos se deu em total desacordo com os regulamentos do Fundo, principalmente em decorrência dos adiantamentos. Agrava-se, ainda, que conforme exposto na resposta ao quesito anterior, a documentação encaminhada **não permite concluir acerca da efetiva prestação dos serviços após a concessão dos adiantamentos. (...)”**

Em síntese:

i) As provas noticiadas pelo autor não autorizam a abertura da via revisional;

ii) Inexistia lastro contratual que legitimasse o repasse de valores associados ao Fundo Visanet em favor da DNA Propaganda;

iii) As transferências foram determinadas com a indispensável anuência de Henrique Pizzolato, então Diretor de Marketing do Banco do Brasil, em períodos compatíveis com a data em que referido agente público recebeu ilicitamente R\$ 326.660,67 (trezentos e vinte e seis mil, seiscentos e sessenta reais e sessenta e sete centavos) mediante cheque emitido pela própria DNA Propaganda;

iv) Os repasses são compatíveis com empréstimos celebrados entre as agências vinculadas ao autor e instituições bancárias que teriam facilitado a circulação de recursos. Os próprios sócios MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO e RAMON teriam reconhecido que os valores obtidos por meio desses empréstimos foram repassados a pessoas indicadas por DELÚBIO SOARES;

v) Segundo conclusão de Auditoria Interna do Banco do Brasil, HENRIQUE PIZZOLATO, ciente da inexistência de previsão contratual para fazê-lo, determinou os pagamentos sem observar procedimentos internos do Banco do Brasil, especialmente a submissão de tal proceder às instâncias próprias de governança da instituição. Além disso, não exerceu o controle necessário acerca da execução dos serviços de publicidade. E,

RvC 5450 / DF

ao contrário do que ocorria até então, em que a Diretoria propunha a aprovação de ações, no caso dos autos a proposta limitou-se à autorização de pagamentos, sem indicação de campanhas específicas a serem desenvolvidas, o que reforça a conclusão de que, no mínimo, não se desejava a efetiva realização dos serviços de publicidade. Igualmente, não foram adotadas medidas de controle da execução desses serviços;

vi) A então Diretora de Mídia do Banco do Brasil informou que lhe foi solicitado que atestasse a veiculação das campanhas associadas ao Fundo Visanet a fim de simular a prestação dos serviços de publicidade, os quais, segundo referida testemunha, não foram e não seriam realizados;

vii) Os peritos judiciais concluíram pela falsidade formal e material das notas fiscais emitidas pela DNA Propaganda para o fim de justificar os repasses em comento.

Reitero que, conforme relatado, aduz a defesa que *“o que se traz a este Supremo Tribunal Federal, neste momento, são documentos que comprovam de forma satisfatória a prestação dos serviços de publicidade”* (fl. 14), de modo que o *“que há de novo, nesta Revisão Criminal, são as notas fiscais emitidas pelos diversos prestadores de serviços (e não pela DNA) e os comprovantes de prestação de serviços, até a comprovação de 89,05% da destinação dos recursos”* (fl. 18).

Nada obstante, além do fato dessas provas, pelas razões já expostas, não legitimarem a abertura da via revisional, o fato que se pretende comprovar (posterior prestação de serviços de publicidade pela agência DNA Propaganda) não se revela apto a subtrair o juízo condenatório.

Ressalta-se a existência de: a) minuciosa prova que indica a ausência de lastro contratual acerca dos serviços custeados por meio do Fundo Visanet; b) contexto de prévio pagamento de vantagem indevida por parte dos sócios da DNA Propaganda ao Diretor de Marketing do Banco do Brasil; c) demonstração do repasse em favor de agentes políticos e do próprio autor de recursos compatíveis com os valores desviados do Fundo Visanet; d) descumprimento da rotina interna da instituição financeira com o objetivo de que as transferências não fossem submetidas

RvC 5450 / DF

ao crivo de órgãos colegiados; e) ausência de verificação da execução dos serviços; f) prova testemunhal atestando que, mesmo após os pagamentos, não terem sido prestados os serviços e nem se pretendiam que o fossem; g) comprovação pericial da falsidade material e ideológica das notas fiscais empregadas para legitimar o recebimento dos valores descritos.

Nesse contexto, a articulada comprovação de prestação dos serviços em momento superveniente ao desvio não se presta a demonstrar a inocência do condenado e, portanto, não perfaz a hipótese normativa de cabimento da ação revisional.

Cumpram-se enfatizar que, em diversos casos, para não dizer na maioria deles, o delito de peculato convive com a efetiva execução do objeto contratual. Vale dizer, não é pressuposto do desvio de recursos públicos a inexistência de prestação de serviços.

No caso concreto, asseverou-se que os pagamentos antecipados **sem qualquer lastro contratual** inseriam-se num contexto de repasse de recursos em favor de agentes políticos mediante pagamentos destinados a agências de publicidade e de agentes públicos, sendo que, segundo as provas amealhadas, pretendia-se fosse atestado de modo simulado a veiculação publicitária. Esse cenário, por si só, já seria suficiente à tipificação da conduta.

Pontuou-se a ausência de comprovação da prestação dos serviços, circunstância que a defesa nesta ocasião pretende refutar. A esse respeito, impende assinalar que, ao contrário do apontado na inicial revisional, tal aspecto não constituiu o ponto central da condenação, mas apenas um dos vários argumentos que compõem o feixe dos fundamentos explicitados.

A comprovação de prestação superveniente dos serviços não configura aspecto suficiente a conduzir à atipicidade da conduta.

Nessa linha, como bem enfatizado na manifestação apresentada pelo Procurador-Geral da República em face do pedido formulado pelo autor (fl. 15.663), *“sua condenação não se deu unicamente porque os serviços não foram prestados pela empresa DNA ao Banco do Brasil”*. Arremata o

RvC 5450 / DF

Ministério Público (fl. 15.666, *grifei*):

“Irrelevante, na espécie, tenha havido posterior prestação de algum serviço publicitário, na medida em que **o crime já havia se consumado quando das indevidas antecipações de recursos públicos e sua destinação espúria, inclusive em benefício do requerente.**”

Por tais razões, **não admito**, no ponto, o processamento da ação revisional.

5.3. Fundamentos associados ao item III.2 da denúncia (peculato: Banco do Brasil e DNA Propaganda - bônus de volume)

5.3.1. Contextualização:

Esse fato diz respeito ao desvio de R\$ 2.923.686,15 (dois milhões, novecentos e vinte e três mil, seiscentos e oitenta e seis reais e quinze centavos) por parte da DNA Propaganda no contexto de contratos celebrados com o Banco do Brasil. Assim como no episódio anterior, a avença teria sido firmada por HENRIQUE PIZZOLATO, Diretor de Marketing do Banco do Brasil.

Em suma, concluiu-se pela existência de previsão contratual no sentido de que bonificações resultantes desses contratos deveriam ser destinadas ao Banco do Brasil, o que, na ótica da acusação, abrangeria bônus de volume, vantagem paga, por razões de divulgação, pelos veículos de mídia às agências de publicidade.

Acerca do conceito de bônus de volume, conforme mencionado no voto do eminente Min. Dias Toffoli (AP 470/DF, fls. 53.318-53.319), cito lição de Henrique Araújo Costa e Alexandre Araújo Costa (Direto da Publicidade, Brasília: Thesaurus, 2008. p. 31-32):

“Diverso do desconto-padrão é o Bônus sobre Volume (BV), que é um **benefício concedido semestral ou anualmente**

RvC 5450 / DF

por certos veículos às agências, pelo volume global de veiculação de anúncios, o que **soma os gastos com campanhas de todos os clientes da agência**. Porém, é difícil avaliar a real dimensão do BV para as agências, pois, como identificaram os técnicos do TCU ao avaliar a questão, 'a regra de mercado é manter a confidencialidade, não sendo revelados detalhes dos planos de incentivo firmados entre veículo e agência, tais como a periodicidade, variações regionais, metas estipuladas e forma de pagamento (pecúnia ou em mídia)'.

Essa espécie de plano de fidelização somente gera benefícios para as agências que veiculam grandes volumes em um mesmo veículo, o que termina gerando uma pressão para a sua utilização, mesmo em campanhas nas quais ele talvez não fosse tecnicamente o mais adequado. Assim, o BV gera uma potencial tensão entre os interesses de anunciantes e agências, que conduziram as Normas-Padrão de 1957 a considerar condenável 'receber dos veículos bonificações, concedidas ao fim de cada ano, em função do volume total da propaganda autorizada por conta e ordem dos seus Clientes'.

Porém, essa prática consolidou-se no mercado, chegando a ser expressamente admitida pelas NPAP de 1998 e pelo projeto de lei apoiado pelo CENP que atualmente tramita no Congresso Nacional (PL nº 3.305/08 – atual Lei nº 12.232/10). Não obstante, o direito ao BV nos contratos públicos está sendo questionado pelo TCU, que tende a se manifestar pela sua ilegalidade, na medida em que o seu corpo técnico indicou que essa forma remunerativa 'tem o potencial de afetar a escolha das agências, consistindo em mecanismo que as estimula a concentrarem a publicidade em menor número de veículos'.

Além disso, a investigação do TCU identificou que a nomenclatura BV também é utilizada por veículos menores e por produtores, mas que nesse caso não se trata de um plano de incentivo vinculado ao volume, pois o benefício '**é pago caso a caso, diretamente vinculado ao negócio que o produtor ou veículo pretende fechar com o cliente**'. Nessa situação, o chamado BV representa apenas um **desconto** ligado

RvC 5450 / DF

diretamente a uma campanha determinada, de tal modo que o seu não repasse ao anunciante seria irregular, mesmo nos termos da argumentação do CENP.”

No caso concreto, concluiu-se que os valores recebidos pela DNA Propaganda cingiam-se a contratações associadas ao Banco do Brasil, e não à soma de gastos de todas as campanhas administradas pela agência.

Além da previsão contratual, mencionou-se que o Banco do Brasil concertava as divulgações diretamente com os veículos de mídia, de modo que inexistiria razão para conferir remuneração a título de bônus de volume à agência.

Ainda que se reconhecesse a impossibilidade de que, por disposição contratual, tal bonificação fosse destinada ao Banco do Brasil, ponderou-se que valores recebidos no importe de R\$ 2.504.274,88 (dois milhões, quinhentos e quatro mil, duzentos e setenta e quatro reais e oitenta e oito centavos) **não tinham como objeto veiculação de mídia, de modo que não poderiam ser considerados bônus de volume.**

Argumentou-se que HENRIQUE PIZZOLATO detinha dever funcional, estatutário e contratual de vigilância acerca da regular execução contratual. E, na condição de garantidor, não teria controlado a destinação do montante desviado em favor da DNA Propaganda a título de bônus de volume. O requerente, por sua vez, teria figurado como beneficiário desses valores e concorrido para a destinação indevida dos recursos que, na linha do assentado no acórdão condenatório, seriam de titularidade do Banco do Brasil.

Nesse item, a defesa (assim apreendida a qualificativa norteadora da pretensão revisional) postula a revisão com base na descoberta de documentos novos (acórdão de julgamento dos embargos de declaração), desprezo à prova dos autos e violação à lei.

5.3.2. Exame dos argumentos articulados pela defesa

i) Acerca do contexto fático, descreve a defesa o seguinte (fl. 49):

RvC 5450 / DF

“Vejam os caminhos do dinheiro: primeiro saía do Banco do Brasil. Após, a agência DNA recebia o dinheiro e pagava os fornecedores/prestadores de serviço. Com o pagamento da prestação de serviços, o dinheiro entrava na conta das empresas fornecedoras/prestadoras de serviço. Após, ante a emissão de nota fiscal, voltava para a conta da DNA, a título de bonificação de volume.”

Segundo o requerente, o delito teria se configurado no momento em que a DNA Propaganda não procedeu à restituição em favor do Banco do Brasil dos valores percebidos a título de bônus de volume.

Aduz-se que **RAMON**, por não ser agente público, somente poderia responder por delito funcional em concurso com agente que se inserisse nessa condição, sendo que, para tanto, exigir-se-ia observância absoluta de identidade de infração.

Acrescenta que HENRIQUE PIZZOLATO foi condenado pela prática de peculato na modalidade desvio. Ocorre que a denúncia teria imputado a **RAMON** a prática de peculato na modalidade apropriação. Como apenas o primeiro ostentava a condição de funcionário público, essa distinção não seria possível, circunstância que, a teor dos artigos 29 e 30, ambos do Código Penal, impediria a condenação autônoma de **RAMON** por peculato-apropriação.

Em sede de embargos de declaração, entretanto, o Tribunal Pleno explicitou que o requerente também foi condenado pela modalidade peculato-desvio, o que afasta a alegação de ausência de identidade de infrações. Todavia, aponta-se, a partir dessa explicitação, que restou violado o Princípio da Correlação.

Na esteira das premissas estabelecidas nesta decisão, reitero que o julgamento em sede daqueles embargos de declaração, como assim mesmo se qualifica essa ambiência de índole aclaratória, não se destina à reconstrução histórica de determinado fato e, portanto, não se qualifica como **prova**. Tampouco **nova**, já que tal documento foi produzido em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação. Logo, não se admite, por tal motivo, a abertura da via revisional.

RvC 5450 / DF

De qualquer forma, não seria o caso de acolher a alegação de violação ao Princípio da Correlação, tema que foi objeto de específico exame na AP 470 EDj-décimos nonos, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2013, conforme ementa a seguir transcrita:

“AÇÃO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISTRIBUIÇÃO. DESCABIMENTO. CORRUPÇÃO ATIVA. PAGAMENTO DE PROPINA AO CORRÉU JOÃO PAULO CUNHA, ENTÃO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. DOLO DEMONSTRADO. OMISSÃO E OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. PECULATO NO ÂMBITO DO CONTRATO DA SMP&B COM A CÂMARA DOS DEPUTADOS. ANÁLISE DE PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. CRIMES DE PECULATO E CORRUPÇÃO ATIVA NO ÂMBITO DA CONTRATAÇÃO DA EMPRESA DNA PROPAGANDA PELO BANCO DO BRASIL. REEXAME DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO COM CLAREZA. PAGAMENTO DE PROPINA AO DIRETOR DE MARKETING DO BANCO DO BRASIL. CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA. PROVA DEVIDAMENTE ANALISADA. PECULATO. BÔNUS DE VOLUME. APROPRIAÇÃO DE VALORES. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. TIPICIDADE DA CONDUTA. ARGUMENTOS DEVIDAMENTE AFASTADOS PELO ACÓRDÃO EMBARGADO. MONTANTE DOS DESVIOS. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. NATUREZA PÚBLICA DOS RECURSOS ORIUNDOS DO FUNDO VISANET. MATÉRIA ENFRENTADA. AUSENTE VÍCIO NO ACÓRDÃO. VALOR TOTAL DOS DESVIOS. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. FRAUDES CONTÁBEIS E SIMULAÇÕES NÃO JULGADAS COMO CRIMES AUTÔNOMOS. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. TIPICIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO CLARA

RvC 5450 / DF

DO ACÓRDÃO. CORRUPÇÃO ATIVA NARRADA NO ITEM VI DA DENÚNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA NAS PROVAS DOS AUTOS. AUSENTE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. EVASÃO DE DIVISAS. ANÁLISE DE PROVAS. CONTRADIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DAS PENAS. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E DÚVIDA. AUSÊNCIA. *BIS IN IDEM*. NÃO CONFIGURADO. APLICABILIDADE DA LEI 10.763/2003. FUNDAMENTAÇÃO NÃO CONTRADITÓRIA. ERRO NO REGISTRO, POR EXTENSO, DE PENAS APLICADAS E PROCLAMADAS COM CLAREZA. EQUÍVOCO IRRELEVANTE. AUSENTE PREJUÍZO À COMPREENSÃO DO JULGADO. CORREÇÃO REALIZADA NO PRÓPRIO ACÓRDÃO EMBARGADO. BENS PASSÍVEIS DE PERDA EM FAVOR DA UNIÃO. DEFINIÇÃO NO JUÍZO DA EXECUÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. CONTRADIÇÃO DO ACÓRDÃO. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. ERROS MATERIAIS ESCLARECIDOS. Os embargos de declaração são julgados pelo Relator do acórdão embargado, nos termos do artigo 337, 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Pedido de redistribuição a novo Relator. Improcedência manifesta. Inocorrente qualquer vício relativamente à fundamentação do acórdão para a condenação do embargante pela prática do crime de corrupção ativa do item III.1 da denúncia. Motivação que concluiu no sentido da existência de concreta demonstração do dolo do embargante de praticar o delito narrado no art. 333 do Código Penal. Não foi omissivo tampouco contraditório o acórdão, na condenação do embargante pela prática do crime de peculato contra a Câmara dos Deputados, narrado no item III.1. Não houve desconsideração ou contradição na análise da decisão do Tribunal de Contas da União invocada pela defesa. A decisão foi considerada, contextualizada e sopesada com todas as demais provas dos autos, dando-se prevalência a laudos periciais produzidos imediatamente após a prática dos delitos, que confirmaram a materialidade dos desvios. Da mesma forma, não houve qualquer omissão quanto a provas

RvC 5450 / DF

documentais ou testemunhos. Não há omissão no acórdão, relativamente à condenação do embargante pela prática dos crimes de peculato e corrupção ativa, no âmbito da contratação da empresa DNA Propaganda pelo Banco do Brasil. A Corte chegou fundamentadamente à conclusão unânime de que o embargante foi responsável, juntamente com os corréus Marcos Valério e Cristiano Paz, pelo pagamento de propina ao corréu e ex-Diretor de Marketing do Banco do Brasil, Senhor Henrique Pizzolato, por meio da empresa DNA Propaganda, que veio a ter seu contrato de propaganda prorrogado, unilateralmente, pelo mencionado funcionário público, e beneficiada por repasses milionários de recursos não previstos no contrato. A participação do embargante nos crimes de peculato também está claramente fundamentada no acórdão, sem que existam quaisquer dos vícios alegado pelo embargante. Todos os votos juntados a estes autos apontaram as provas que conduziram à condenação do recorrente por esses delitos, praticados dolosamente, em concurso de agentes. O embargante recebeu depósitos oriundos dos recursos desviados do Banco do Brasil, tanto em conta bancária de sua titularidade como em conta de empresa de que era sócio juntamente com Marcos Valério e Cristiano Paz (Graffiti). O voto proferido oralmente mencionou o montante depositado na conta desta última empresa, não procedendo à leitura integral da tabela que consta do laudo 1450/2007, transcrita na íntegra do voto publicado, laudo este que apurou a destinação dada a recursos do Banco do Brasil oriundos do Fundo Visanet e que também demonstrou a existência de depósito na conta pessoal do embargante. Não houve omissão relativamente à função do embargante nas atividades da empresa DNA Propaganda, tampouco quanto aos termos formais do contrato social da mencionada empresa, que foi analisado em conjunto com as demais provas constantes dos autos e mencionadas no acórdão. Não houve condenação do embargante com base em prova que incriminaria exclusivamente o corréu Cristiano Paz. Houve menção a todo um conjunto de provas que, analisadas em seu conjunto,

RvC 5450 / DF

conduziram à prolação do acórdão condenatório, concluindo-se no sentido da conduta dolosa do embargante. **O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença foi estritamente observado. O vocábulo “apropriação” foi empregado, relativamente ao embargante e aos corréus sócios da DNA Propaganda, nos exatos termos da denúncia, segundo a qual o embargante e seus corréus desviaram os recursos “em proveito próprio”. Inexistente omissão ou obscuridade quanto aos limites da acusação. Não houve, no caso, qualquer omissão, contradição, obscuridade ou dúvida quanto aos temas alegados pelo embargante, relativamente à prova das práticas delitivas de que foi acusado no capítulo III da denúncia (subitens III.1, III.2 e III.3). Questões relativas à posse dos valores desviados, por parte do funcionário público, foram objeto de análise no acórdão embargado. Inexiste omissão quanto aos valores desviados do Banco do Brasil, tampouco quanto à natureza pública dos recursos, uma vez que estes pertenciam ao Banco do Brasil e só estavam na posse do funcionário público em razão da sua condição funcional de Diretor de Marketing daquela instituição. Não houve condenação por fatos não imputados na denúncia, que imputou ao embargante e aos corréus Marcos Valério e Cristiano Paz a prática do crime de peculato, por ter “desviado, em benefício próprio”, dinheiro pertencente ao Banco do Brasil. Assim, o acórdão, ao constatar a existência da “apropriação” dos recursos, ateu-se aos fatos narrados pelo Procurador-Geral da República, sem qualquer violação ao direito de defesa. Não houve omissão quanto a cláusulas do regulamento do Fundo Visanet, tendo a Corte se debruçado sobre a matéria. Além disso, indicou-se, com clareza, a inexistência de qualquer contrato entre a agência de propaganda e o Fundo Visanet, bem como a ausência, no contrato entre a DNA Propaganda e o Banco do Brasil, de qualquer previsão de repasse dos recursos do Banco do Brasil junto àquele Fundo. As regras formais do Regulamento do Fundo foram, portanto, analisadas, e o acórdão está**

RvC 5450 / DF

amplamente fundamentado nas provas dos autos, que conduziram à condenação do embargante e de seus sócios também denunciados, juntamente com o então Diretor de Marketing do Banco do Brasil, pela prática do delito de peculato. A soma total desviada foi devidamente analisada no Acórdão embargado, nos termos do voto do Relator. Ficou devidamente esclarecido que a “fraude na contabilidade” de sociedades vinculadas a Marcos Valério e a “simulação de empréstimos bancários” seriam “consideradas apenas como etapas do delito de lavagem de dinheiro”, e não como crimes autônomos. A conduta dolosa do embargante, inclusive quanto ao conhecimento da real destinação dos recursos, está claramente pormenorizada no acórdão embargado, que não foi além do que se imputou na denúncia e do que foi definido no acórdão de recebimento da inicial acusatória. A conduta do embargante, quanto ao crime de corrupção ativa narrado no item VI da denúncia, foi analisada de forma clara e objetiva, não havendo qualquer contradição nos fundamentos que conduziram à conclusão do acórdão embargado. Inexiste contradição no acórdão embargado em relação à condenação do embargante e à absolvição do corréu Cristiano Paz pelo crime de evasão de divisas, visto que ficou demonstrada cabalmente a existência de inúmeros elementos de convicção – colhidos no inquérito e na instrução processual – que comprovam a sua atuação dolosa quanto à prática do delito de evasão de divisas. Diferença entre a situação jurídico-processual do embargante e a do corréu Cristiano Paz. A dosimetria das penas impostas ao embargante foi expressa em termos claros, coerentes e de modo exaustivo, com análise e ponderação de todos os elementos necessários ao fiel cumprimento do sistema trifásico estabelecido no artigo 68 do Código Penal. Procedeu-se à individualização da reprimenda para os delitos pelos quais foi condenado, conforme fundamentos expostos no acórdão embargado. Ausência de omissão ou contradição. Somente existe *bis in idem* quando um mesmo fato for considerado mais de uma vez na dosimetria de um mesmo crime, não havendo

RvC 5450 / DF

que se falar em dupla valoração dos mesmos fatos quando se tratar de aplicação de pena para crimes diversos, praticados em concurso material. Como constou expressamente do acórdão embargado, o embargante foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 333 do CP, consumado não apenas antes, mas, também, depois da Lei 10.763/2003, o que atraiu a incidência do art. 71 do Código Penal, explicitado na Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “[a] lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”. Não houve contradição entre o não desmembramento do feito e a rejeição da continuidade delitiva entre os delitos, pois tanto o Código Penal, quanto a tradicional e ainda atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exigem que a regra do crime continuado (CP, art. 71) somente pode ser aplicada quando os dois ou mais crimes forem da mesma espécie, além de praticados nas mesmas circunstâncias. Inocorrente omissão em relação ao art. 7º da Lei nº 9.613/1998. A aplicação do disposto no art. 7º da Lei 9.613/1998 e nos arts. 91 e 92 do Código Penal, aliada à necessidade de ressarcir os valores lavados pelos réus e de prevenir a repetição do ilícito, viabilizou a decretação, nas condenações relativas aos itens IV e VIII, respectivamente, da pena acessória prevista no art. 7º da Lei 9.613/1998 e nos arts. 91 e 92 do Código Penal. A “definição dos bens passíveis de perda em favor da União” será levada a efeito no curso da execução penal. Apesar de a pena-base pelo crime de corrupção ativa do item III.3 ter sido fixada em 2 anos e 8 meses de reclusão, constou, num dos trechos do voto condutor, incorretamente, que a reprimenda seria de 3 anos e 4 meses de reclusão. O equívoco foi corrigido no próprio acórdão. Por esse motivo, deve ser corrigido esse erro, para adequação aos termos do próprio Acórdão. Da mesma forma, na condenação pena prática do crime de corrupção ativa do capítulo VI (itens VI.1, VI.2, VI.3, VI.4), constou, entre parênteses, a palavra “quatro”, logo após o numeral “3”, sendo certo que a pena aplicada foi de 3

RvC 5450 / DF

anos e 6 meses de reclusão. O erro não teve qualquer relevância e foi corrigido no próprio acórdão, devendo ser apenas indicado, tendo em vista o pedido da defesa. Embargos de declaração rejeitados. Correção de erro material verificado no terceiro parágrafo das fls. 57.973, a fim de que conste, como pena privativa de liberdade, o montante de 2 anos e 8 meses de reclusão. Correção de erro material identificado, também, no último parágrafo das fls. 57.984, para que conste a pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.” (AP 470 EDj-décimos nonos, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2013, grifei)

Aduziu, na ocasião, o Relator (AP 470/DF, fl. 65.277, grifei):

“O embargante sustenta, ainda, que haveria obscuridade e omissão no acórdão, quanto à sua condenação pela prática do crime de peculato, sob o argumento de que teria sido violado o princípio da correlação entre a condenação e a denúncia. Isso porque, segundo alega, **a denúncia teria enquadrado a conduta do corréu Henrique Pizzolato no verbo típico do “desvio”, enquanto o embargante foi condenado pela prática do delito de peculato, na modalidade “apropriação” dos recursos.**

A alegação não é verdadeira.

O vocábulo ‘apropriação’, no caso, foi empregado, relativamente ao embargante e aos corréus sócios da DNA Propaganda, **nos exatos termos da denúncia**, segundo a qual o embargante e seus corréus desviaram os recursos “em proveito próprio” (fls. 5.670).

Ademais, é evidente que **não houve, no caso, qualquer distinção entre os fatos narrados na inicial acusatória e os fatos pelos quais o embargante foi condenado**, razão pela qual inexistente a alegada violação do princípio da correlação entre a denúncia e a condenação.”

Como se vê, nos termos do assentado pelo eminente Relator, não se

RvC 5450 / DF

verificou dissenso entre os fatos narrados na denúncia e aqueles que motivaram a condenação, o que basta para afastar a alegação de incongruência processual.

Sustenta a defesa a existência de insuperável assimetria entre a acusação e o provimento jurisdicional, já que, enquanto a denúncia estabelece a saída dos recursos do Banco do Brasil como marco consumativo, o acórdão teria concluído que o crime se consumou com a não devolução dos recursos originados a título de bônus de volume.

Com a devida vênia, se devidamente descritos os fatos na peça acusatória, como se reconheceu expressamente no julgamento AP 470/DF, o momento consumativo de determinado fato que se qualifica como infração penal constitui tema eminentemente jurídico sem aptidão para interferir no regular exercício do contraditório.

Em outras palavras, a cogitada discrepância entre denúncia e acórdão quanto ao momento exato da consumação delitiva (se na saída ou se na não devolução dos recursos desviados) não permite o reconhecimento da ausência de correlação. Isso porque tal proceder não acarreta modificação do objeto do processo (que é o **fato** imputado), cingindo-se a aspectos de valoração jurídica desse inalterado objeto.

Como bem leciona Gustavo Henrique Badaró, ao tratar da necessária correlação entre os fatos constantes da imputação e do pronunciamento jurisdicional, *“o conceito de identidade deve ser bem entendido para não tornar inviável a sentença.”* Complementa o autor:

*“A relação de identidade entre as duas representações não se estabelece em termos absolutamente lógicos, exigindo uma identidade total e absoluta. Trata-se de um **conceito de identidade jurídico** e não lógico. A representação do fato contido na imputação não precisa ser absolutamente idêntica à representação do mesmo fato contida na sentença. **Não é necessário que haja uma adequação perfeita em toda sua extensão. Pode haver variação de alguns elementos de ambas as representações dos fatos, sem que isso represente alteração do objeto do processo.***

RvC 5450 / DF

(...) **A qualificação jurídica do fato também integra a imputação.** Porém, permanecendo inalterado o substrato fático da imputação, eventual mudança da qualificação jurídica de tal fato **não representa**, para fins de correlação entre acusação e sentença, **quebra de identidade do objeto do processo. A relação de correlatividade, portanto, diz respeito, unicamente, ao fato e não ao direito.**” (Correlação entre acusação e sentença. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 104, *grifei*)

Portanto, tenho como verificada congruência entre os fatos narrados na denúncia e o pronunciamento jurisdicional.

ii) A defesa também enfatiza que, no momento da consumação do suposto desvio, HENRIQUE PIZZOLATO não se encontraria na posse dos recursos objeto do alegado peculato.

Saliento que a posse exigida para caracterização do delito de peculato-desvio não pressupõe que o bem insira-se no domínio físico do agente. Em sentido semelhante, em diversas ocasiões do julgamento, foram mencionados aspectos próprios da posse descrita pela norma penal incriminadora.

O eminente Relator teceu as seguintes considerações teóricas acerca do crime de peculato (AP 470/DF, fl. 52.369, *grifei*):

“Como é sabido, a jurisprudência e a doutrina afirmam que **a posse de que trata o art. 312 do Código Penal deve ser entendida em acepção abrangente, alcançando a disponibilidade jurídica sobre os recursos**, como é o caso do réu HENRIQUE PIZZOLATO.”

Na mesma linha, ponderou a eminente Min. Rosa Weber (AP 470/DF, fl. 52.731, *grifei*):

“Evidentemente, a posse mencionada no *caput* preceito **não se confunde com a posse física, devendo ser interpretada**

RvC 5450 / DF

como a disponibilidade do dinheiro, valor ou qualquer outro bem. Afinal, não se está mais no ‘tempo das carruagens’ para que o peculato se configure apenas quando há apropriação física pelo funcionário público do objeto do crime. Na lição de Nelson Hungria:

‘A posse, a que se refere o texto legal, deve ser entendida **em sentido amplo, compreendendo a simples detenção, bem como a posse indireta (disponibilidade jurídica sem detenção material, ou poder de disposição exercível mediante ordens, requisições ou mandados).**’ (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, vol. IX, p. 339)”

A eminente Min. Cármen Lúcia, por sua vez, explicitou (AP 470/DF, fl. 53.454, *grifei*):

“A posse mencionada no texto compreende também a posse indireta, aquela em que o agente, sem detenção material, tem a **disponibilidade jurídica da coisa**, podendo submetê-la a seu comando mediante ordens, requisições ou mandados.”

Na mesma direção, aduziu o eminente Min. Gilmar Mendes (AP 470/DF, fls. 53.966-53.967, *grifei*):

“Portanto, a posse, na compreensão do Código Penal, **não** o é ‘no sentido civilístico, como poder de fato sobre a coisa, mas num sentido amplo, compreendendo o poder de disposição direta sobre a coisa (disponibilidade jurídica), que consiste na disponibilidade facultada legalmente ao agente pelo cargo que desempenha, sem detenção material. A posse haverá de resultar do cargo. Indispensável uma relação entre o cargo e a posse’. (Paulo José da Costa Junior, Direito Penal Objetivo, p. 558).”

É possível depreender que nem todas as citadas considerações foram

RvC 5450 / DF

vertidas especificamente no contexto do peculato associado ao bônus de volume (Banco do Brasil), ocorrendo tratamento dessa questão em sede de linhas gerais ou no exame de outros delitos de peculato em que essa questão também se colocava. O fato é que, a partir da compreensão global do acórdão, resta possível verificar-se que assim se arrematou em conclusão: a posse exigida pelo delito de peculato não pressupõe detenção física, contentando-se com domínio jurídico.

Acerca da caracterização dessa circunstância, transcrevo trecho do voto proferido pelo eminente Relator, ocasião em que se reconheceu, na linha das premissas explicitadas pelo Tribunal Pleno, que HENRIQUE PIZZOLATO detinha a posse dos recursos desviados (AP 470/DF, fls. 52.336-52.337, *grifei*):

“O Sr. HENRIQUE PIZZOLATO assinou, como única autoridade responsável, o contrato entre o Banco do Brasil e a agência DNA Propaganda, em que foram previstos gastos da ordem de R\$ 142.000.000,00 (cento e quarenta e dois milhões de reais) (conforme cláusula 5.1 do contrato - fls. 53, Apenso 83, vol. 1).

Após a **prorrogação**, também assinada pelo acusado, os valores **sob seus cuidados e vigilância** atingiram R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) (cláusula segunda, letra b, do aditivo – Apenso 83, volume 1, fls. 69).

Daí a importância da função fiscalizatória que lhe era atribuída.

A norma de regência da estrutura organizacional interna do Banco do Brasil, no que diz respeito à **Diretoria de Marketing e Comunicação (DIMAC)**, **comandada pelo réu HENRIQUE PIZZOLATO**, também atribuída ao Diretor **responsabilidade sobre o cumprimento das normas contratuais (fls. 24.461/24.464, vol. 113):**

“01. SUBORDINAÇÃO: A Diretoria de MARKETING E COMUNICAÇÃO - DIMAC - vincula-se ao Presidente do Banco do Brasil.

RvC 5450 / DF

02. RESPONSABILIDADES:

(...)

- garantir que os produtos e serviços da Diretoria estejam sendo **conduzidos de acordo com as leis e regulamentos aplicáveis**, as exigências da supervisão bancária e as políticas e procedimentos internos;

- **responder pela qualidade, confiabilidade, adequabilidade e integridade dos controles internos nos processos, produtos e serviços a cargo da Diretoria .”**

Fica evidente que o acusado deveria ter cumprido seu dever de ofício e impedido a apropriação de valores pela DNA Propaganda.

Por seu turno, dizia o contrato:

‘A fiscalização dos serviços será realizada diretamente pela Diretoria de Marketing e Comunicação do BANCO’. (Cláusula 12.2, fls. 61 do Apenso 83, volume 1)

Quanto à **posse** dos recursos públicos pelo Diretor, destaco o que o contrato na cláusula 5.2:

‘Os recursos para a execução dos serviços durante o exercício de 2003 estão consignados na dotação orçamentária de Publicidade e Propaganda, a qual contempla a verba destinada à execução do objeto deste contrato’. (fls. 53, Apenso 83, vol. 1)

Portanto, **o réu era detentor da posse da dotação orçamentária destinada àquele contrato**, bem como era responsável pela fiscalização dos serviços contratados, e nessa função tinha o dever de impedir a apropriação dos recursos pela agência DNA Propaganda.”

Em sentido semelhante, ao examinar embargos de declaração

RvC 5450 / DF

opostos pela defesa, aduziu o Relator (AP 470/DF, fl. 65.277):

“O embargante sustentou, ainda, que haveria omissão e obscuridade relativamente à ‘posse’ dos recursos, em razão do cargo, pelo corréu Henrique Pizzolato, então Diretor de Marketing do Banco do Brasil.

Também não ocorreu qualquer vício relativamente a esse tema.

A elementar do tipo penal de peculato – posse dos recursos públicos - foi objeto de consideração em mais de uma oportunidade no acórdão embargado, tendo em consideração, inclusive, **os normativos internos do Banco do Brasil, que atribuíam a posse dos recursos ao ex-Diretor (veja-se, por exemplo, as fls. 52.335-52.341).”**

Como se vê, HENRIQUE PIZZOLATO, na qualidade de Diretor de Marketing do Banco do Brasil, era responsável pela gestão dos recursos que foram direcionados à DNA Propaganda, os quais se encontravam inseridos na dotação orçamentária da referida Diretoria. De tal forma, possuía disponibilidade jurídica sobre os valores desviados e, por consequência, exercia, na acepção exigida pelo tipo penal, a posse desses recursos.

Embora se alegue que o desvio teria se consumado (não devolução dos valores devidos) em ocasião em que Henrique Pizzolato não mais exercia a posse dos valores, como já esmiuçado, tal elemento normativo do tipo deve ser compreendido em sentido abrangente.

Além disso, não há como se olvidar que, com agir previamente doloso (elemento que será aprofundado oportunamente), HENRIQUE PIZZOLATO repassou recursos à agência de publicidade e, na condição de garantidor, sem adotar cautelas mínimas, omitiu-se do dever de fiscalização da execução contratual, cenário que propiciou a consecução da projeção criminosa. Ou seja, segundo o assentado no acórdão condenatório, desde a saída dos recursos do Banco do Brasil, HENRIQUE PIZZOLATO agiu com a finalidade de possibilitar que tais valores fossem desviados em favor da DNA Propaganda, o que foi concretizado

RvC 5450 / DF

mediante omissão penalmente relevante.

Desse modo, a inobservância do dever de fiscalização do emprego desses recursos, ainda que estivessem fisicamente em poder de terceiros, não permite o reconhecimento da alegada atipicidade da conduta.

Cumpra esclarecer que não se exige que o agente detenha plena disponibilidade do bem até o exaurimento de sua destinação. Assim não fosse, a mera utilização de intermediários fulminaria a incidência típica, o que, à obviedade, a lei penal incriminadora não deseja. Nessa dimensão, a alegação de ausência de posse dos recursos não se amolda às hipóteses de abertura da via revisional.

iii) A defesa também alega a inexistência de dolo na conduta de HENRIQUE PIZZOLATO, o que impediria a condenação autônoma de RAMON.

Em suma, articula-se a imprevisibilidade, por parte do agente público, acerca do desvio que teria sido posteriormente implementado pelos executivos da DNA Propaganda.

Também se alega que, com base em Relatório de Auditoria confeccionado no bojo do Tribunal de Contas da União, “*poder-se-ia dizer que ao omitir-se como garantidor do bem jurídico tutelado, Pizzolato teria sido negligente*” (fl. 60).

Cabe mencionar que a negligência articulada pela defesa tem como pressuposto a existência de previsibilidade objetiva, o que, desde logo, já afasta a alegação de que os desvios perpetrados seriam imprevisíveis.

A propósito, a leitura da petição inicial permite concluir que a própria defesa reputa a incidência de bônus de volume em contratos publicitários como providência comum (fl. 54). Nessa esteira, não vejo como acolher a alegação de que essa ocorrência seria imprevisível a ponto de eximir o agente público do dever legal e contratual de fiscalizar a regular execução contratual.

Desnecessário dizer que o Princípio da Confiança não se aplica ao agente que detém o dever de fiscalização.

Ademais, o fato do TCU ter considerado a conduta culposa,

RvC 5450 / DF

obviamente, não vincula o Estado-Juiz. A uma, pela independência entre as instâncias. A duas, em razão de que o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre um quadro probatório e processual de maior amplitude, descabendo potencializar a valoração isolada de elementos.

Com efeito, diversos aspectos foram sopesados para propiciar o reconhecimento do agir doloso.

O primeiro que merece relevo é a expressão econômica dos recursos geridos pelo agente público, cenário em que a inobservância de rotinas mínimas de fiscalização causa espécie (AP 470/DF, fl. 52.336, *grifei*):

“O Sr. HENRIQUE PIZZOLATO assinou, **como única autoridade responsável**, o contrato entre o Banco do Brasil e a agência DNA Propaganda, em que foram previstos gastos da ordem de R\$ 142.000.000,00 (cento e quarenta e dois milhões de reais) (conforme cláusula 5.1 do contrato - fls. 53, Apenso 83, vol. 1).

Após a **prorrogação, também assinada pelo acusado**, os valores sob seus cuidados e vigilância **atingiram R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais)** (cláusula segunda, letra b, do aditivo – Apenso 83, volume 1, fls. 69).”

Ademais, a matéria deve ser enfrentada de acordo com o contexto global dos acontecimentos, já arrostado no momento do exame do delito de peculato atinente ao Fundo Visanet. Ou seja, não pode ser ignorado o fato de que, *a latere* dos pagamentos de bonificações operadas em favor da DNA Propaganda entre 31.03.2003 e 14.06.2005, o agente público recebeu, em 15.01.2004, de forma velada, por meio de cheque emitido pela DNA Propaganda, R\$ 326.660,67 (trezentos e vinte e seis mil, seiscentos e sessenta reais e sessenta e sete centavos), bem como que os valores desviados inseriam-se num cenário de destinação de recursos em favor de agentes políticos indicados por DELÚBIO SOARES, a denotar o concerto de ações.

Ainda acerca do elemento subjetivo da conduta atribuída a HENRIQUE PIZZOLATO, reproduzo trecho do voto proferido pelo

RvC 5450 / DF

eminente Min. Luiz Fux (AP 470/DF, fl. 53.184, *grifei*):

“Demais disso, como bem ressaltado pelo Ministro Relator e pelo Ministro Revisor, houve o desvio de valores relativos a bônus de volume por **serviços que não guardaram qualquer pertinência com a seara da publicidade e comunicação**, no montante total de R\$ 2.504.274,88 (dois milhões, quinhentos e quatro mil, duzentos e setenta e quatro reais e oitenta e oito centavos).

Ante a clareza da cláusula contratual, não há como sustentar que a ausência de fiscalização do seu cumprimento decorreu de simples negligência, restando evidente que o 17º denunciado (Henrique Pizzolato) dirigiu a sua conduta finalisticamente à apropriação dos valores pelo 5º denunciado (Marcos Valério), o 7º denunciado (Cristiano Paz) e o 6º denunciado (Ramon Hollerbach).”

Como reforço, o eminente Min. Luiz Fux prossegue e menciona a específica ligação entre HENRIQUE PIZZOLATO e MARCOS VALÉRIO, um dos dirigentes da DNA Propaganda (AP 470/DF, fl. 53.184, *grifei*):

“A fls. 20.122, a testemunha Danévita Ferreira de Magalhães, exfuncionária do Núcleo de Mídia do Banco do Brasil, confirmou que **o 17º denunciado (Henrique Pizzolato) e o 5º denunciado (Marcos Valério) possuíam uma direta ligação**. Também a testemunha Fernanda Karina Somaggio declarou que o 17º denunciado (Henrique Pizzolato) e o 5º denunciado (Marcos Valério) **realizaram reuniões, em Brasília e em Belo Horizonte** (fls. 19.646 e segs.)”

A demonstração do prévio ajuste entre os integrantes da aludida agência de publicidade e o agente público investido da função de fiscalização da execução contratual também foi robustecida pela ausência de sofisticação da realização típica, a indicar que o *núcleo publicitário* não detinha qualquer receio de acompanhamento mais detido por parte do

RvC 5450 / DF

Diretor de Marketing do Banco do Brasil. Nesse sentido, colho manifestação do eminente Min. Ricardo Lewandowski, revisor da AP 470/DF (fl. 52.640, grifei):

“O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Aí, Ministro, se Vossa Excelência me permite, isso me parece que é evidente no mercado publicitário, quer dizer, o **bônus de volume é devido apenas para serviços de publicidade.**

Na medida em que alguém, grosseiramente, cobra o **bônus de volume em outro tipo de serviços ou de produtos, como agendas, ou artigos de escritório, aí me parece que a fraude é evidente, é ictu oculi.”**

Nessa dimensão, e considerando as hipóteses restritas de exame da matéria pela via da revisão criminal, o reconhecimento do dolo da conduta atribuída ao agente público não configura desprezo à prova dos autos ou à literal disposição legal.

iv) Argumenta a defesa que Henrique Pizzolato não detinha poder concreto de agir para o fim de evitar o desvio, sendo que a mera posição de garantidor, dissociada dessa circunstância, não se revelaria suficiente a amparar a configuração de omissão penalmente relevante, que constitui causa jurídica do resultado.

Alega-se que, no momento da conduta omissiva, os valores já se encontravam em poder da agência de publicidade, sendo que inexistiria ato idôneo a ser praticado pelo agente público que lograsse impedir o desvio desses recursos. Em síntese, aduz-se que *“a ele, Henrique Pizzolato, era impossível transferir os recursos ao Banco do Brasil”* (fl. 56).

A matéria relaciona-se, portanto, ao nexo de imputação entre a omissão e o resultado jurídico.

Registro que ao tratar dos crimes omissivos impróprios, em que há especial dever de agir, a lei penal brasileira equipara as condutas omissivas às comissivas (art. 13, §2º, CP). Nesse sentido, verifica-se

RvC 5450 / DF

omissão penalmente relevante na hipótese em que há assimetria entre a conduta exigida do agente e aquela efetivamente praticada, sendo que, em caso de coincidência desses planos, o resultado poderia ter sido evitado.

É nesse contexto que se afirma que, em delitos dessa natureza, há nexos de imputação sem causalidade física. Nessa ambiência, os omitentes respondem pelo resultado (não por o terem causado, numa acepção naturalística), uma vez que, podendo, não agiram em defesa do bem jurídico com a finalidade de evitar a concretização da ofensa.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli e André Gallegari lecionam que, na hipótese de conduta comissiva por omissão, a norma penal tem como efeito a imposição de um *“obrar para proteger uma situação existente”* (Manual de direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 223, *grifei*).

A questão que ora se coloca é se havia conduta possível a ser praticada pelo agente e que se mostrasse potencialmente apta a evitar a realização do risco.

Adianta que esse tema não se relaciona ao desprezo à evidência dos autos ou à inobservância de texto expresso da lei penal. Tampouco são indicadas novas provas que confeririam lastro às alegações do autor, de modo que não desafia apreciação pela via revisional.

Nada obstante tal circunstância, cabe enfatizar que a alegação defensiva não se afigura escorreita.

No caso concreto, o autor repassou os recursos à DNA Propaganda com prévio ânimo de desvio, o que se concretizou em razão da ausência de fiscalização da execução contratual, embora, por razões funcionais e contratuais, tivesse o dever de fazê-lo.

Sob o prisma da inviabilidade concreta de agir, ressalto que diversas condutas poderiam ter sido praticadas com a finalidade de salvaguardar o bem jurídico. A título ilustrativo, pondero que atos associados à fiscalização da execução contratual poderiam imprimir, no mínimo, receio factível de que eventuais desvios não restariam impunes, circunstância apta a frear a fraude grosseiramente perpetrada e assentada no acórdão condenatório.

RvC 5450 / DF

Friso que, em caso de não fornecimento de informações, por exemplo, o agente público poderia valer-se de medidas jurídicas, judiciais ou extrajudiciais, objetivando a exibição de tais esclarecimentos e exercício do múnus afeto ao dever fiscalizatório contratual.

Em verdade, há uma gama de possibilidades de ação do Diretor do Banco do Brasil que se mostrariam potencialmente idôneas a preservar o bem jurídico tutelado pela norma penal, de modo que não merece acolhimento a alegação de que inexistia espaço concreto de ação.

O fato é que a ausência de vigilância da execução das obrigações contratuais criou um ambiente propício à materialização dos desvios e, de tal modo, concorreu, juridicamente, para a ocorrência do resultado.

Por fim, aponto que se revela insuficiente a alegação de desconhecimento da cobrança das bonificações. Em primeiro lugar, em razão do reconhecimento da presença dos aspectos cognitivos e volitivos da conduta dolosa, conforme explicitado anteriormente. Em segundo lugar, pelo fato de que, ainda que as mencionadas circunstâncias pudessem ser questionadas, não haveria como isentar o agente público de responsabilização na hipótese em que, embora presente o dever de fiscalização da execução contratual, a articulada ausência de ciência atua como decorrência de deliberada opção do agente. Ou seja, não procede a alegação de desconhecimento se, podendo e devendo conhecer, o agente resulta em abrir mão de obter tais informações e, a despeito da sua posição de garantidor, possibilita a malversação dos recursos sem vigilância mínima.

v) A defesa promove a juntada de acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União em que, segunda alega, foi reconhecida a possibilidade de aplicação do art. 18 da Lei 12.232/10 a fatos anteriores. Aduz que se trata de documento novo que constitui exemplo de inúmeros casos semelhantes apreciados pelo TCU. Enfatiza, por tal razão, que o bônus de volume seria efetivamente devido à agência de publicidade.

O acórdão que espelha entendimento do TCU, mormente se

RvC 5450 / DF

produzido em relação jurídica diversa, não configura, em tal sentido, prova nova apta a ensejar a abertura da via revisional. O documento de tal natureza sequer qualifica-se no seu limite e não vincula a Suprema Corte.

A propósito, em diversas ocasiões durante o julgamento, este Tribunal Pleno afastou a incidência da Lei 12.232/10 no que tange ao bônus de volume. O Relator, inclusive, fez ponderações específicas em relação a bonificações dessa natureza no contexto de órgãos integrantes da Administração Pública.

Ainda que tenha havido alguma divergência acerca da interpretação da Lei 12.232/10, a Corte compreendeu, de modo unânime, que, no caso concreto, expressiva parcela dos recursos destinados sequer poderia ser considerada bônus de volume. A esse respeito, reitero o que pontuou o eminente Revisor, o Min. Ricardo Lewandowski (AP 470/DF, fl. 52.640, *grifei*):

“Na medida em que alguém, grosseiramente, **cobra o bônus de volume em outro tipo de serviços ou de produtos, como agendas, ou artigos de escritório,** aí me parece que a fraude é evidente, *é ictu oculi.*”

Na mesma linha, ponderou a eminente Min. Rosa Weber (AP 470/DF, fl. 52.769, *grifei*):

“Com efeito, apenas a quantia de R\$ 419.411,27, resultante da contratação da empresa Três Editorial Ltda., enquadra-se no conceito de bônus de volume na contratação e negociação com veículos de mídia.

O remanescente do valor, R\$ 2.504.274,88, teria sido cobrado na contratação de serviços diversos, principalmente impressão de material gráfico, como se verifica na lista de notas na fl. 386, vol. 2, apenso 83, e ainda nas próprias notas juntadas nas fls. 74-200, apenso 83, vol. 1.

Quanto a esses valores, **não há controvérsia jurídica ou discussão a respeito de sua titularidade, tendo havido**

RvC 5450 / DF

apropriação indevida pela DNA Propaganda.”

E, em seguida, arrematou o eminente Min. Luiz Fux (AP 470/DF, fl. 53.184, *grifei*):

“Demais disso, como bem ressaltado pelo Ministro Relator e pelo Ministro Revisor, houve o desvio de valores relativos a bônus de volume por **serviços que não guardaram qualquer pertinência com a seara da publicidade e comunicação**, no montante total de R\$ 2.504.274,88 (dois milhões, quinhentos e quatro mil, duzentos e setenta e quatro reais e oitenta e oito centavos).”

Ou seja, se tais valores não poderiam ser contemplados no conceito de bônus de volume, torna-se irrelevante a interpretação jurídica do Tribunal de Contas da União acerca da titularidade de bonificação cuja natureza não coincide com a hipótese dos autos.

Da mesma forma, não procede a alegação de que o provimento condenatório, ao supostamente contrastar com a posição do Tribunal de Contas, configuraria ofensa à segurança jurídica, na medida em que, como visto, a titularidade do bônus de volume, no caso concreto, não afasta a condenação. Mesmo que assim não fosse, com a devida vênia, caberia à Corte de Contas alinhar-se à compreensão do Supremo Tribunal Federal, e não o contrário.

vi) Impende asseverar, aqui, em ponto específico, que absolvição da prática do delito de formação de quadrilha não interfere na higidez da condenação por peculato, nos termos da motivação explicitada no item 5.1 da fundamentação desta decisão.

5.4. Fundamentos comuns aos itens III.2 e III.3 da denúncia (peculato: Banco do Brasil e DNA Propaganda bônus de volume e Fundo Visanet)

RvC 5450 / DF

i) A relação entre o autor e a DNA Propaganda restou minudenciada no item 5.2., também da fundamentação desta decisão.

A alegação no sentido de que *“uma quantidade ínfima (de documentos) era assinada por Ramon Hollerbach”* não permite o afastamento da conclusão de que o autor exercia poder de gestão. Da mesma forma, não potencializo a afirmação de que tais documentos teriam destinação lícita, na medida em que, independentemente de suas características, foram considerados exclusivamente como indicativo do exercício do poder diretivo da atividade empresarial.

O voto minoritário proferido em embargos declaratórios, posto que respeitável e fundamentado, não se qualifica como prova nova, uma vez que, além de não ser prova, já que não se destina à reconstrução histórica do fato, é anterior à formação da coisa julgada.

A seu turno, o depoimento de Francisco Castilho, prestado em outro procedimento e em que teria afirmado que o autor não desempenhava funções de direção na DNA Propaganda, não esvazia o pronunciamento condenatório, tendo em vista que tais declarações não se harmonizam com os demais elementos de prova mencionados no anterior item 5.2.

O próprio autor enfatiza que se questiona *“aqui a interpretação dada ao livre convencimento motivado”*, o que não se confunde, nos termos do item 3 da fundamentação desta decisão, com o desprezo à evidência dos autos. Ou seja, a revisão criminal, que, repita-se, não figura como sucedâneo recursal, não se alça a ser via adequada para reexame de depoimentos eventualmente colidentes, mormente na hipótese em que a valoração não constitui manifesto divórcio do quadro processual.

ii) A argumentação atinente à suposta equivocidade da menção do Relator quanto ao repasse de 400 mil reais em favor do autor restou arrostada nesta decisão.

iii) A defesa esclarece que Ministros utilizaram como fundamento do afastamento da responsabilidade objetiva o fato de que os sócios Francisco Castilho e Margareth Freitas não foram denunciados, de modo

RvC 5450 / DF

que, nesse viés, a imputação não decorreria pura e simplesmente da condição societária.

Nesta oportunidade, a defesa alega que existem documentos novos que comprovam que Francisco e Margareth praticaram diversos atos de gestão, inclusive assinando documentos relativos ao contrato estabelecido entre a DNA Propaganda e o Banco do Brasil.

Com a devida vênia, o tema não indica relevância técnico-jurídica como apontada. A convicção acusatória cingiu-se aos sócios que exerciam a direção da agência de publicidade, sem que se tenha promovido tentativa de responsabilização objetiva dos demais. Caso se compreenda que as pessoas não incluídas na acusação também tenham concorrido para a consumação típica, sendo o caso, caberá ao Ministério Público promover os atos que reputar adequados.

À obviedade, revela-se plenamente admissível, em tese, que todos os sócios de uma pessoa jurídica sejam denunciados por determinado fato, sem que tal proceder, por si só, tenha alguma relação com responsabilidade objetiva.

Ou seja, se os sócios mencionados pela defesa eventualmente praticaram atos potencialmente ilícitos, **o que não está em debate nesta ocasião**, tal circunstância não beneficia o requerente.

iv) Acrescenta a defesa que teria ocorrido equívoco na menção contida no voto do Revisor no sentido de que o autor seria responsável pela escrituração contábil da DNA Propaganda.

Enfatizo que essa alegação de erronia foi especificamente articulada em sede de embargos declaratórios (AP 470 EDj-décimos nonos, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2013), oportunidade em que o eminente Min. Ricardo Lewandowski votou. Tal ponderação fez parte especificamente do voto do Revisor, de modo que essa circunstância foi reputada relevante para fins de modificação da manifestação unipessoal.

Os demais integrantes do colegiado, porém, não encampam essa conclusão e mantiveram integralmente a condenação. Ou seja, esse tópico

RvC 5450 / DF

que se restringiu ao voto proferido pelo eminente Revisor foi expressamente sanado, ocasião em que o Plenário, por maioria, não reputou desconstituída a suficiência do juízo condenatório.

5.5. Fundamentos associados ao item III.1 da denúncia (peculato: Câmara dos Deputados e agência SMP&B Comunicação)

5.5.1. Contextualização

Esse fato diz respeito ao apontado desvio de R\$ 1.077.857,81 (um milhão, setenta e sete mil, oitocentos e cinquenta e sete reais e oitenta e um centavos), por parte da SMP&B Comunicação Ltda, no contexto de contrato celebrado com a Câmara dos Deputados.

Em síntese, a SMP&B Comunicação Ltda teria exercido mínima participação na execução contratual. Além de diversos atos terem sido praticados diretamente pela Câmara dos Deputados, expressiva parcela do contrato teria sido objeto de subcontratação. Dito de outra forma, a agência teria recebido R\$ 1.077.857,81 (um milhão, setenta e sete mil, oitocentos e cinquenta e sete reais e oitenta e um centavos), a título de honorários sem causa legítima.

Nesse episódio, concluiu-se que a SMP&B Comunicação Ltda teria efetuado o pagamento de 50 mil reais, em espécie, a JOÃO PAULO CUNHA, então Presidente da Câmara dos Deputados, com o objetivo de alcançar favorecimentos na aludida relação contratual.

É incontroverso que **RAMON** era o responsável pelas ações da SMP&B Comunicação Ltda, inclusive as associadas ao mencionado contrato. Acerca do tema, afirma a defesa na petição inicial desta revisão (fl. 82):

“Aqui, importante dizer, ao contrário do que se disse quanto à DNA, Ramon participou ativamente da execução do contrato e possui plena convicção de que todo o serviço foi realizado com a efetiva participação de sua agência (a SMP&B).”

RvC 5450 / DF

O cerne da argumentação ora ventilada pela defesa reside na alegação de que a agência, ainda que tenha subcontratado diversos aspectos da execução contratual, teria atuado na área de criação e coordenação das campanhas, de modo que as empresas terceirizadas funcionariam como executoras do trabalho desenvolvido pela SMP&B. Diante da prestação dos serviços objeto de contratação, na compreensão do requerente, o recebimento de honorários não se afiguraria indevido.

Nesta ocasião, a defesa pretende demonstrar a suposta fragilidade da Auditoria da Secretaria de Controle Interno da Câmara dos Deputados, do relatório preliminar de auditoria da SECEX/TCU e do Laudo do Departamento de Polícia Federal (1947/2009). Para tanto, são apresentados documentos supostamente novos que demonstrariam que os serviços objeto de contratação foram realizados.

5.5.2. Exame dos argumentos articulados pela defesa

Calha salientar que é incontroverso que o autor atuava como dirigente da SMP&B Comunicação. Nessa perspectiva, as supostas provas da execução contratual eram amplamente acessíveis ao interessado.

Nesta oportunidade, por exemplo, são juntados *e-mails* e outros documentos afetos à dinâmica interna da agência, cuja exibição, a tempo e modo, encontrava-se, facilmente, ao alcance do requerente. De tal forma, essas provas não podem ser consideradas novas para o fim de justificar a abertura da via revisional, já que a defesa não demonstra que sua descoberta é posterior à formação da coisa julgada.

O fato que se pretende comprovar não se revela apto à desconstituição do édito condenatório, conforme passo a expor.

i) Prévio concerto com o então Presidente da Câmara dos Deputados

Reputo relevante esmiuçar o contexto prévio à celebração contratual, conforme reconhecido na AP 470/DF.

RvC 5450 / DF

Indicou-se que **MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH** e **CRISTIANO PAZ**, entre **12.2002** e **15.02.2003**, por meio da DNA Propaganda, foram contratados para realizar a campanha de **JOÃO PAULO CUNHA** à Presidência da Câmara dos Deputados.

Consta dos autos também que, em **3.9.2003**, **JOÃO PAULO CUNHA**, após assumir a Presidência da Câmara dos Deputados, reuniu-se com **MARCOS VALÉRIO**, que, juntamente com **RAMON HOLLERBACH** e **CRISTIANO PAZ**, integrava o quadro societário e dirigia a **SMP&B Comunicação Ltda.** A reunião, cuja ocorrência foi reconhecida por **JOÃO PAULO CUNHA**, se deu, em caráter privado, na residência oficial da Presidência da Câmara dos Deputados.

No dia seguinte, ou seja, **4.9.2003**, **MÁRCIA REGINA CUNHA**, esposa de **JOÃO PAULO CUNHA**, compareceu ao Banco Rural e recebeu em espécie 50 mil reais referentes a **cheque emitido pela SMP&B Comunicação Ltda.** A identidade do beneficiário, contudo, ficou registrada tão somente em documentos internos do Banco Rural, em procedimento espúrio minuciosamente descrito no acórdão condenatório.

Em um primeiro momento, inclusive, **JOÃO PAULO CUNHA** afirmou que a presença de sua esposa na agência bancária teria como finalidade solucionar pendências associadas a cobranças de assinatura de TV a cabo. Mas, os documentos internos do Banco Rural foram descobertos em sede de cumprimento de ordem de busca e apreensão judicialmente determinada.

Nesse sentido, sintetiza o Relator (fl. 52.275):

“Constata-se, portanto, que os Senhores **MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ** e **RAMON HOLLERBACH** pagaram uma quantia relevante, em espécie, para o Presidente da Câmara dos Deputados, no mesmo período em que vinham se reunindo com o acusado **JOÃO PAULO CUNHA**, e depois de terem realizado sua campanha para a Presidência da Câmara, num período em que **MARCOS VALÉRIO** manifestava interesse em se aproximar do PT para obter contratos com órgãos públicos.”

RvC 5450 / DF

Esse fato motivou a condenação de JOÃO PAULO CUNHA pela prática de corrupção passiva e dos diretores da SMP&B Comunicação Ltda por corrupção ativa, aspectos da condenação que, neste momento, não são questionados.

Em **12.9.2003** (ou seja, 8 dias após o recebimento dos valores por parte de JOÃO PAULO CUNHA), a Grafitti Participação, empresa cujo quadro societário era formado por MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH CARDOSO e CRISTIANO PAZ, tomou **empréstimo** no valor de R\$ 9.975.400,00 (nove milhões, novecentos e setenta e cinco mil, quatrocentos reais).

A esse respeito, reproduzo as declarações prestadas por CRISTIANO PAZ, sócio das empresas DNA Propaganda (por meio da Grafitti Participação) e SMP&B Comunicação Ltda (AP 470/DF, fl. 2.254, *grifei*):

“QUE assinou como representante da empresa e como avalista, cinco (05) empréstimos junto aos bancos BMG e RURAL; QUE os empréstimos com o BMG (03) ocorreram nas seguintes datas: 25/02/03, pela empresa SMP&B, no valor de R\$ 12.000.000,00; 14/07/04, pela empresa SMP&B, no valor de R\$ 3.516.080,56; 28/01/04, pela empresa GRAFFITI, no valor de R\$ 15.728.300,00, que quitou o primeiro empréstimo; QUE foram dois (02) os empréstimos obtidos no Banco Rural, sendo o primeiro em 26/05/03, no valor de R\$ 18.929.111,00, pela empresa SMP&B, e o **último em 12/09/03, no valor de R\$ 9.975.400,00, pela empresa GRAFFITI**; QUE MARCOS VALERIO informou aos demais sócios que **os valores obtidos com os empréstimos se destinavam ao Partido dos Trabalhadores, segundo entendimentos firmados entre ele e DELÚBIO SOARES, então tesoureiro do PT**; QUE a justificativa de MARCOS VALÉRIO para contrair tais empréstimos bancários, seria a necessidade de manter um bom relacionamento com o Partido dos Trabalhadores e também **visando manter os contratos publicitários que eram mantidos com o Governo Federal.**”

RvC 5450 / DF

A cobrança do expressivo empréstimo, no entanto, somente teria sido desencadeada após a notoriedade das investigações.

Em **15.9.2003** (ou seja, 11 dias após o recebimento dos valores por parte de JOÃO PAULO CUNHA e 3 dias após a tomada de empréstimo destinado a agentes políticos), foi assinado, no âmbito da Câmara dos Deputados, o Edital de Concorrência n. 11/2003 que, em 31.12.2003, resultou na contratação da SMP&B pela Câmara dos Deputados.

Ponto que a data de celebração do contrato (**31.12**) é compatível com um *modus operandi* destinado a afastar escrutínio público acerca desse ato.

Acrescento que cabia ao então Presidente da Câmara dos Deputados a autorização da contratação e a constituição de Comissão Especial de Licitação.

Agrega o Relator (AP 470/DF, fl. 52.277, grifei) que *“os dois membros da Comissão Especial de Licitação que atribuíram as maiores notas à SMP&B - Sr. Márcio Marques de Araújo, Diretor da SECOM; e Sr. Flávio Elias Ferreira Pinto, servidor da SECOM – reconheceram, conforme trecho adiante transcrito do Relatório de Auditoria da SECIN da Câmara dos Deputados, que a média obtida pela SMP&B estava em descompasso com as informações constantes da proposta técnica da agência”, salientando ainda que “proposta semelhante da SMP&B havia sido desclassificada, em último lugar, na licitação de 2001, por não ter obtido a nota mínima exigida pelo edital na avaliação técnica”*.

Não bastasse, MARCOS VALÉRIO, ao ser inquirido (AP 470/DF, fl. 728), relatou que *“a atuação na área de publicidade, de um modo geral, envolve a submissão a interesses políticos, sem o que as empresas não sobrevivem nesse mercado”*.

Esse cenário prévio, conquanto não seja objeto de pedido de revisão, é relevante para a adequada compreensão dos desvios imputados ao autor.

ii) Subcontratação e preponderância de execução da contratada

RvC 5450 / DF

O Edital da Concorrência n. 11/2003 previa a possibilidade de subcontratação, desde que mantida a preponderância da contratada. Vejamos (AP 470/DF, fl. 52.286, *grifei*):

“A CONTRATADA **poderá** subcontratar outras empresas, para a execução parcial do objeto desta Concorrência, **desde que mantida a preponderância da atuação da CONTRATADA na execução 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.”

Levanta-se, contudo, que a SMP&B subcontratou o objeto substancialmente, o que desvelaria inobservância do instrumento contratual. Mesmo diante desse cenário, a contratada teria recebido normalmente os valores estipulados em contrato e que seriam devidos a título de honorários. Nesse sentido, afirmou o Relator que o papel da SMP&B Comunicação durante o período de execução contratual “*foi, em essência, o de mera recebedora de honorários*”.

De tal modo, ainda nas palavras do Relator (AP 470/DF, fls. 52.289-52.290), “*a SMP&B recebeu recursos públicos para, basicamente, contratar serviços de terceiros, tornando-se depositária de quase onze milhões de reais, dos quais retirou honorários líquidos de R\$ 1.092.479,22*”.

iii) Decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União

Nos termos do acórdão condenatório, a aludida terceirização da execução contratual restou comprovada pelos seguintes documentos: i) Relatório Preliminar de Auditoria da Secretaria-Geral de Controle Externo do Tribunal de Contas da União; ii) Relatório de Auditoria da Secretaria de Controle Interno da Câmara dos Deputados; e iii) Laudo

RvC 5450 / DF

1947/2009 do Instituto Nacional de Criminalística.

Menciona a defesa que a análise do TCU sopesada pelo Tribunal Pleno consistiria em avaliação preliminar, sendo que, em momento posterior, a aludida Corte de Contas tomou decisão favorável ao condenado. Argumenta a defesa que esse julgamento foi desconsiderado pelo Plenário desta Corte, forte na alegação de que sua conclusão decorreria exclusivamente de declarações prestadas por SÉRGIO SAMPAIO CONTREIRAS DE ALMEIDA, Diretor-Geral da Câmara dos Deputados na gestão JOÃO PAULO CUNHA.

A defesa ataca essa compreensão, enfatizando que SÉRGIO SAMPAIO CONTREIRAS DE ALMEIDA não era impedido de depor, tampouco foi acusado de falso testemunho, de modo que suas declarações não poderiam ser simplesmente desprezadas. Acrescenta que referido julgamento não se assentou exclusivamente nas declarações do mencionado ex-Diretor da Câmara dos Deputados. No entanto, não identifica quais elementos probatórios foram considerados especificamente para o enfrentamento da questão, já que o acórdão do TCU também tratava de outros temas.

Enfatiza que não é razoável potencializar a conclusão da Secretaria de Controle Interno da Câmara dos Deputados, nas palavras da defesa, “*órgão jejuno*” na matéria, e menosprezar a conclusão da mais alta Corte de Contas.

Cumprе rememorar que, por óbvio, o Estado-Juiz não se vincula às conclusões empreendidas em seara administrativa. Mais do que isso, sequer se vincula aos exames periciais produzidos em sede jurisdicional. Tais provas, em verdade, devem ser submetidas ao escrutínio do órgão julgador, efetuando-se o controle da atividade judicante por intermédio da motivação constitucionalmente exigida. E, para que determinada prova não prevaleça, não se faz necessária a constatação de falsidade ou de prática de crime.

Nessa dimensão, aponto que o Tribunal Pleno não ignorou a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União. O eminente Min. Ricardo Lewandowski (AP 470/DF, fls. 52.589-52.590), por exemplo, que absolvía o

RvC 5450 / DF

requerente, enalteceu a compreensão da Corte de Contas e o reflexo que, na sua compreensão, alcançaria a situação processual do então acusado:

“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.”

O Relator, da mesma forma, não desprezou a conclusão do TCU. Em verdade, motivadamente, assentou que referido pronunciamento decorreria de esclarecimentos prestados pelo então Diretor-Geral da Câmara dos Deputados, além de não se harmonizar com as demais provas contidas nos autos (AP 470/DF, fl. 52.288, *grifei*):

“A defesa menciona uma decisão do TCU que, **com base em informações do Diretor-Geral da Câmara dos Deputados, chegou a uma conclusão distinta sobre o percentual de subcontratação (88,68%).**

No caso, houve uma alteração no entendimento final da Corte de Contas, que **se fundou tão somente em esclarecimentos do então Diretor-Geral da Câmara dos Deputados**, Sr. Sérgio Sampaio Contreiras de Almeida, o qual ocupou a função durante a Presidência do Sr. JOÃO PAULO CUNHA no órgão legislativo [29].

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

Compete mencionar que, nesse confronto entre provas, inerente à valoração exigida do Juiz da causa, inexistente prévia tarifação ou hierarquia entre os elementos sopesados. Vale dizer, não é viável afirmar, aprioristicamente, que a conclusão do TCU contém poder persuasivo superior ao exame implementado pela Câmara dos Deputados ou pelos

RvC 5450 / DF

peritos do Instituto Nacional de Criminalística.

Essa valoração somente será alcançada após a análise holística do conjunto probatório. Portanto, não se trata de hipertrofiar o argumento de autoridade, mas de prestigiar a autoridade dos argumentos motivadamente empregados pelo órgão julgador.

Ao examinar o acórdão proferido pelo TCU (AP 470/DF, fls. 40.345-40.361), verifico que a conclusão exarada decorre das *“informações prestadas pelo Diretor-Geral, respaldadas pela documentação constantes dos autos”*. Não se identifica no ato decisório, sem embargo, quais seriam os documentos que, especificamente quanto ao tema, confeririam lastro às declarações prestadas pelo agente público.

Denota-se que, segundo o motivado convencimento do Plenário, a conclusão do TCU não se revelava compatível com as demais provas produzidas. Essa decisão do Tribunal de Contas foi contrastada com o Laudo 1947/2009 do Instituto Nacional de Criminalística (fls. 34.921-34.939). Referido exame pericial constitui prova judicial admitida pelo Min. Joaquim Barbosa, contando sua produção com ampla possibilidade de participação das partes e do Juízo.

Os peritos atestaram a realização dos serviços objeto de contratação, com exceção da empresa IFT, que resultou em imputação específica que ora não se encontra em debate:

“6. Os peritos constataram que **os serviços contratados foram prestados**, à exceção da empresa IFT - Idéias, Fatos e Texto.”

Os peritos também extraíram a participação direta da SMP&B a partir da forma de remuneração da agência.

“23. Os serviços de **veiculação** de peças de publicidade e propaganda em rádio, revista, jornal, internet, televisão ou outdoor podem ser distinguidos sem maiores dificuldades dos serviços de criação e produção.

24. A distinção entre **produção** e **criação**, no entanto, é

RvC 5450 / DF

mais tênue, visto que os dois serviços estão atrelados um ao outro. A produção de vídeo, por exemplo, inclui o próprio trabalho de criação. Toma-se impraticável, senão impossível, determinar o percentual de "criação" que coube à Agência de Publicidade e o percentual de "criação" que coube à Produtora de vídeo subcontratada.

25. No entanto, **é possível distinguir a participação efetiva da Agência de publicidade no contrato através de seus custos internos incorridos**. Dessa forma pode-se determinar, em termos percentuais, **o que foi "produzido" pela própria agência, de maneira global, daquilo que foi terceirizado**.

26. De maneira global significa tudo aquilo que está dentro do campo de atuação da agência: Estudo do conceito, idéia, marca, produto ou serviço a difundir, incluindo a identificação e análise de suas vantagens e desvantagens absolutas e relativas aos seus públicos; identificação e análise dos públicos onde o conceito, idéia, marca, produto ou serviço encontrem melhor possibilidade de assimilação; elaboração do plano publicitário, incluindo a concepção das mensagens e peças (criação) e o estudo dos meios e veículos que segundo técnicas adequadas, assegurem a melhor cobertura dos públicos objetivados (planejamento de mídia); execução do plano publicitário, incluindo orçamento e realização das peças publicitárias (Produção) e a compra, distribuição e controle da publicidade nos veículos contratados (execução de Mídia).

27. Conforme explanado na *Seção 11/4 Da Efetiva Remuneração da SMP&B no Contrato*, **uma das modalidades de remuneração da agência, é o pagamento de 20% (desconto de 80%) referentes aos seus custos internos incorridos nas atividades descrita acima**. É o que estabelece a alínea "a" da Cláusula Oitava do Contrato 2003/204.0: **"20% (vinte por cento) dos valores representativos dos custos internos incorridos em trabalhos realizados pela CONTRATADA**, a título de ressarcimento parcial, observados como limite máximo desses valores os previstos na tabela de preço do Sindicato das Agências de Propaganda do Distrito Federal". A alínea "c" da

RvC 5450 / DF

mesma Cláusula reza: "a CONTRATADA se compromete a apresentar, antes do início dos serviços, planilha detalhada com os preços previstos na tabela do Sindicato das Agências de Propaganda do Distrito Federal e os preços correspondentes a serem cobrados da CONTRATANTE, acompanhada de exemplar da referida tabela"

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%."

Ou seja, concluiu-se que 20% (vinte por cento) dos serviços que, indistintamente, englobavam produção e criação, diretamente prestados pela agência, correspondia a R\$ 17.091,00 (dezessete mil, noventa e um reais), de modo que, por simples operação aritmética, tais serviços equivaliam a R\$ 85.455,00 (oitenta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais).

Enfatize-se que o laudo pericial divide os pagamentos associados ao contrato em três grupos: i) R\$ 7.041.511,04 (sete milhões, quarenta e um mil, quinhentos e onze reais e quatro centavos), valor que representa as **despesas com veiculações**; ii) R\$ 3.687.300,13 (três milhões, seiscentos e oitenta e sete mil, trezentos reais e treze centavos), valor que representa as **despesas com terceirizações**; iii) R\$ 85.455,00 (oitenta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais), valor que representa o preço dos serviços **diretamente prestados** pela SMP&B Comunicação Ltda.

RvC 5450 / DF

Feita a comparação entre os serviços prestados diretamente pela agência e por intermédio de empresas subcontratadas, chegou-se à conclusão no sentido de que os desenvolvidos pela SMP&B correspondiam a **2,32%** dos realizados mediante subcontratação, **excluídas as veiculações.**

Importante ressaltar esse ponto: a manifesta desproporção é reconhecida no referido exame pericial confrontando-se os serviços prestados direto e por intermédio de terceiros, **com exclusão da veiculação.**

Sintetizaram os peritos (AP 4740/DF, fls. 34.933-34.938, *grifei*):

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

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 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

RvC 5450 / DF

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."**

Ainda no sentido da irregularidade da execução contratual, menciono o Relatório de Auditoria da Secretaria de Controle Interno da Câmara dos Deputados, concluindo que a subcontratação quase total praticada, além de violar a preponderância exigida pelo contrato, seria incompatível com a licitação do tipo melhor técnica.

Não bastasse, o órgão de controle interno anotou a ocorrência de diversos desvios. São esmiuçados serviços que não estariam albergados por previsão contratual, como a realização de pesquisa sem conotação institucional e desenvolvimento de reforma e obras na TV Câmara, as quais, segundo as conclusões da Secretaria de Controle Interno do órgão, configurariam serviço de arquitetura.

Indica-se ainda a amplitude incomum do objeto contratual, associação entre empresas concorrentes e incorreções na fase de julgamento das propostas do processo licitatório.

Em sede de celebração de aditivos contratuais, menciona-se que certidões negativas exigíveis foram aferidas apenas após a assinatura do termo.

No âmbito das subcontratações, no qual a contratada detinha o dever de efetuar cotação de preços em relação aos serviços que seriam prestados por terceiros, aponta-se, na parcela em que a terceirização foi comandada pela agência, a apresentação de propostas de empresas inexistentes, sem assinatura ou com assinaturas falsificadas.

Ainda quanto às subcontratações, pondera-se que, em algumas ocasiões, a escolha das empresas teria partido de servidores do próprio órgão, cingindo-se a atuação da agência à mera autorização formal com a finalidade de resguardar o recebimento de honorários. A esse respeito, transcrevo trecho da auditoria realizada pela Secretaria de Controle

RvC 5450 / DF

Interno da Câmara dos Deputados:

“Das declarações colhidas e do exame dos processos foi possível verificar que em várias ocasiões **as propostas foram recolhidas por servidores da Câmara dos Deputados**. Depois disso, **montava-se o processo e solicitava-se à SMP&B que emitisse uma Autorização de Execução de Serviço em nome da empresa escolhida para ser subcontratada**. A SMP&B **não tinha o trabalho de recolher as propostas, pois ingressava no processo depois da escolha feita, e ainda recebia 5% de comissão por um serviço que não realizou:**” (AP 470/DF, fl. 50.820, *grifei*)

E ainda (AP 470/DF, fl. 50.862, *grifei*):

“192. O servidor Getsemane Luiz da Silva, indagado da razão pela qual as propostas do processo n.o 121.308/2004 foram a ele dirigidas, declarou que **recebia ordem de recolher propostas de empresas especializadas e não tinha conhecimento de que o serviço seria subcontratado por intermédio da SMP&B, *verbis*:**

‘QUE não tinha conhecimento de que a solicitação de sonorização referente ao Processo n. 121.30812004 havia sido executada por intermédio da SMP&B; QUE conversou com o Senhor Frederico Schmidt Campos e solicitou fosse contratado o serviço externo de sonorização; QUE a Senhora Ana Tereza, a quem foi dirigida a proposta da empresa Ateliê do Som, é funcionária terceirizada que presta serviços à SECOM; **QUE a sua atuação era exclusivamente no sentido de providenciar a cotação das empresas que poderiam realizar os serviços com a qualidade desejada;** QUE não havia envolvimento do declarante quanto à decisão de se contratar o serviço diretamente pela Câmara dos Deputados ou por intermédio da SMP&B: **QUE apenas**

RvC 5450 / DF

reunia as propostas e as encaminhava ao Senhor Cláudio Araújo; QUE o Senhor Cláudio Araújo formalizava o processo e o encaminhava à Diretora da TV Câmara Sueli Navarro; QUE na fase em que ele atuava não havia decisão a respeito da forma de contratação dos serviços; **QUE a escolha das empresas proponentes era feita pelo declarante,** mas que ele não tinha qualquer envolvimento na forma de contratação.”

Na mesma linha, o voto do Relator transcreve diversas autorizações de subcontratações em que se descreve que a solicitação teria partido da Secretaria de Comunicação Social, sem indicação da participação da SMP&B Comunicação (AP 470/DF, fls. 52.294-52.299, por exemplo). Reporta-se, inclusive, episódio em que a dispensa de outras cotações foi justificada pela própria Secretaria de Comunicação Social, e não pela contratada (AP 470/DF, fl. 52.301).

Mesmo sem mencionar as demais irregularidades explicitadas nos votos proferidos pelos eminentes Ministros, os pontos referidos bem delineiam o contexto da relação contratual mantida entre a Câmara dos Deputados e a SMP&B Comunicação Ltda, cenário que é agravado em razão do pagamento de vantagem indevida ao então Presidente da aludida Casa Legislativa.

Assim, o contexto é timbrado pelo prévio pagamento de recursos, mediante dissimulação, ao então Presidente da Câmara dos Deputados e pelas diversas irregularidades que permearam a formação, execução e controle contratuais.

Comungo da compreensão do Ministério Público no sentido de que a prestação dos serviços “*não foi o ponto crucial que lastreou a condenação*”, visto que “*não se discutiu apenas se houve ou não prestação de serviços, mas também o grau de participação da empresa naquela publicidade*” (fl. 15.673).

Não impressiona a alegação defensiva ancorada na plataforma revisional, calcada em diversos elementos probatórios que demonstrariam a realização de campanhas publicitárias associadas ao contrato, no sentido de que “*é impossível que não tenha existido a prestação*

RvC 5450 / DF

de serviços". Com efeito, esse não foi o fato imputado.

O ponto central da questão não reside exatamente no debate acerca da **precisa** extensão percentual da atuação contratual. O que se posta como relevante é a cláusula contratual que impunha a preponderância da execução contratual. A participação foi extremamente reduzida em comparação aos honorários percebidos.

A esse respeito, bem sintetizou, na ocasião do julgamento encetado por este Tribunal Pleno, a eminente Min. Rosa Weber:

"Ora, se dentre os serviços realizados por meio do contrato em exame, e subcontratações específicas, não se identificam trabalhos de criação da SMP&B, forçoso concluir que o álibi apresentado pela Defesa, de que a remuneração seria justificada pelos trabalhos de criação da agência, é insubsistente. E essa constatação de casos concretos em que ausentes quaisquer serviços de criação da SMP&B é mais relevante do que discutir os percentuais exatos de subcontratação e de remuneração dos serviços da SMP&B."
(AP 470/DF, fl. 52.728, *grifei*)

O acórdão condenatório não se assenta na premissa de que os serviços, em si, não foram realizados. Mas sim que tais prestações não foram desempenhadas **pela contratada**, ocorrendo indevida subcontratação praticamente integral, resguardando-se a participação da empresa ao papel de recebimento de honorários. Assim não fosse, **o dano causado corresponderia ao objeto contratual em si, e não ao valor atinente aos honorários.**

A propósito, o Laudo 1947/2009 atesta expressamente que os serviços foram realizados (AP 470/DF, fl. 34.914), mas com irrisória participação da SMP&B Comunicação.

Nesse aspecto, enfatizo que não se concluiu que a agência não prestou qualquer serviço, mas sim que sua atuação revelou-se flagrantemente desproporcional em relação aos valores recebidos a título de remuneração.

RvC 5450 / DF

O Laudo 1947/2009, por exemplo, reconhece que a agência SMP&B Comunicação Ltda participou das campanhas associadas à “Feira do Livro”, “Plenarinho” e “Visite a Câmara”. Nessa medida, os fatos que a defesa pretende comprovar já constam do acórdão condenatório. De outro modo, não subtraem o aspecto essencial da condenação, vinculada não à total ausência de prestação de serviços, mas à manifesta discrepância entre prestação e remuneração mediante honorários sem causa legítima.

A alegação no sentido de que a agência teria recebido diversos prêmios também é dissociada do provimento condenatório. Não está em xeque a competência técnica da empresa, mas a higidez da atuação em contrato específico.

O fato de que as empresas concorrentes não questionaram a higidez do processo licitatório não faz presumir a regularidade do procedimento. Mesmo que assim não fosse, trata-se de argumento secundário inapto à desconstituição da coisa julgada penal condenatória.

Também é inviável acolher a alegação no sentido de que o peculato consubstanciaria “*pós-fato impunível, pois a finalidade de adjudicação do objeto da licitação já está presente no crime de fraude à licitação*”.

Se a finalidade de adjudicação já estava presente, como, a título argumentativo, sustenta o autor, verifica-se que a ação tida como delituosa, como um todo, teria sido realizada com objetivo específico de lesar o erário, funcionando a suposta fraude licitatória como *crime-meio*. A consecução desse intento final (ou *fator final*), na hipótese em que previsto delito específico, não constitui mero exaurimento do delito formal. Em sentido semelhante: AI 858531 AgR-ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 27/10/2015.

Por tais razões, **não admito**, no ponto, o processamento da ação revisional.

5.6. Aplicação da pena

Em relação à dosimetria da pena, cumpre salientar que a revisão

RvC 5450 / DF

criminal não se presta ao mero reexame do juízo de discricionariedade afeto à aplicação da pena à luz da suficiência da reprimenda sob a ótica da prevenção especial.

Como já explicitiei, não se trata de via adequada para simples nova valoração processual, como se instrumento recursal fosse. Nessa linha, devem ser observados os pressupostos revisionais específicos.

Nesse contexto, sublinho que a jurisprudência desta Corte é consolidada no sentido de que *“o juízo revisional da dosimetria da pena fica circunscrito à motivação (formalmente idônea) de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão”* (HC nº 69.419/MS, Primeira Turma, da relatoria do Ministro Sepúlveda pertence, DJ de 28/8/92). Deve-se observar, portanto, que é *“vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória”* (HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010).

Presentes essas premissas, avalio os pedidos formulados pela defesa.

i) A ausência de condenação pelo crime de formação de quadrilha, exarada em sede de embargos infringentes, não reflete repercussão necessária na pena-base dos demais delitos autônomos imputados ao autor.

Saliento que referido pronunciamento do Plenário decorreu, em síntese, do não reconhecimento dos elementos típicos da infração penal, notadamente pelo fato de que a reunião dos agentes, embora tenha se verificado de forma reiterada, não teria extrapolado o âmbito da coautoria.

Em nenhum momento, porém, o Colegiado Maior afastou a conclusão no sentido de que os fatos atribuídos ao autor teriam gerado vantagem econômica em favor de partido político. Portanto, o que se enfrentou nos embargos infringentes, exclusivamente, é a questão da formação de uma associação criminosa autônoma aos crimes praticados por seus agentes.

Por todos, cito trecho do voto proferido pela eminente Min. Rosa

RvC 5450 / DF

Weber, reproduzido, em diversas ocasiões, em sede de embargos infringentes:

“Digo, por outras palavras, que não vislumbro associação dos acusados para delinquir, como disse, para praticar **indeterminadamente** crimes. Entendo que houve aqui mera coautoria, ainda que **envolvendo a prática de vários crimes**. Por isso eu absolvo todos os acusados da imputação do crime de quadrilha, **sem prejuízo da condenação pelos demais crimes praticados.**”

Ainda no bojo dos embargos infringentes, bem assentou o eminente Min. Luiz Fux acerca da inexistência de divergência quanto às premissas fáticas:

“De sorte que deixamos assente aqui, no Pleno, que o objeto a ser tratado, neste recurso de embargos infringentes, é a configuração do crime de quadrilha **à luz dos fatos assentados pelo Pleno, tanto mais que não houve divergência fática; o que houve foi divergência na categorização jurídica dos fatos trazidos ao nosso julgamento.**” (AP 470 EI-décimos, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2014, *grifei*)

Para a pretensão da defesa ora vertido em senda revisional, esse cenário contradiria a compreensão da Corte no sentido de que os crimes atribuídos ao autor seriam mais reprováveis em razão de que os recursos desviados teriam a finalidade de sustentar *“engrenagem política destinada ao proveito do Partido dos Trabalhadores”*. Em suma, para a parte ora autora, movendo-se sob camada de leitura defensiva da matéria, a absolvição do crime de quadrilha desautorizaria essa afirmação.

Nada obstante, cumpre reiterar a autonomia entre o delito de quadrilha e os crimes porventura praticados por seus agentes. No caso concreto, a conclusão no sentido de que a reunião dos agentes não representaria ânimo associativo estável e permanente não afasta a maior

RvC 5450 / DF

censura decorrente do fato de que os valores objeto de desvio ou apropriação teriam como destino agremiação partidária.

A apontada ausência de elementos típicos objetivos do crime de quadrilha não significa que o objeto do autônomo delito de peculato, por exemplo, não seria destinado a partido político, circunstância motivadamente desaprovada pelo Tribunal Pleno. Ao contrário, já que o argumento central da absolvição partiu do reconhecimento da coautoria, que, por sua vez, entre outros requisitos, pressupõe pluralidade de agentes, identidade de infração e liame subjetivo.

Como reforço, consigno que HENRIQUE PIZZOLATO, que sequer foi acusado do crime de formação de quadrilha, também teve sua pena exasperada em razão da destinação dos valores desviados (AP 470/DF, fl. 58.076), a evidenciar que a superveniente absolvição de **RAMON** em relação ao crime de concurso necessário não representa reflexo necessário na dosimetria afeta aos peculatos.

ii) Em relação à alegação de *bis in idem*, enfatizo que, neste ponto, a defesa não indica qual é a hipótese revisional. Não há qualquer questionamento fático ou probatório e não se alega equivocidade na aplicação de literal disposição legal.

Mesmo que assim não fosse, o édito condenatório não se encontra eivado de qualquer irregularidade.

Nesse sentido, transcrevo elucidativo trecho de voto da lavra do saudoso Min. Teori Zavascki em feito diverso, ocasião em que foram traçados preciosos ensinamentos em relação à matéria:

“O princípio do *ne bis in idem* ou *non bis in idem*, como se sabe, traduz a **proibição de sancionar ou punir alguém duas ou mais vezes pelo mesmo fato**. Constitui, por isso, inequívoco limite ao poder punitivo do Estado consagrado no âmbito da legislação penal internacional (cf. PRADO. Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 158). A propósito, a Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São

RvC 5450 / DF

José da Costa Rica, ratificado no Brasil pelo Decreto 678, de 1992, acolheu o princípio do *non bis in idem* em contexto específico, ao estabelecer que *“o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”* (art. 8º, 4). A partir de uma compreensão ampliada desse princípio, não restrito à impossibilidade das perseguições penais múltiplas, desenvolveu-se uma das suas mais relevantes funções no direito penal constitucional: balizar a individualização da pena, com vistas a impedir mais de uma punição individual pelo mesmo fato em momentos diversos do sistema trifásico adotado pelo Código Penal (art. 68). Daí o fundamento pelo qual não se admite, por exemplo, o reconhecimento da agravante *“contra mulher grávida”* (art. 61, II, “h”, do CP) para aumentar a reprimenda do crime de aborto, ou que o homicídio qualificado pelo motivo torpe (CP, art. 121, § 2º, I) sofra a incidência da agravante genérica do art. 61, II, “a”, do Código Penal (*“por motivo fútil ou torpe”*). Ainda nesse sentido, a jurisprudência desta Corte - na linha, aliás, da Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça (*“A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, circunstância judicial”*) -, reconhece ilegítimo *bis in idem* (ou dupla valoração) *“quando os fatos considerados maus antecedentes embasem também o agravamento da pena pela reincidência”* (HC 96046, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe de 02-05-2012). No mesmo sentido: (HC 99044, Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 21-05-2010; HC 107556, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 01-07-2011; HC 99044, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 21-05-2010; HC 80066, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJ 06-10-2000). Ainda recentemente, no julgamento dos AP 470 EDj-décimos terceiros, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJe de 10-10-2013, ficou assentado que *“há bis in idem quando um mesmo fato for considerado mais de uma vez na dosimetria de um mesmo crime.”* (HC 112776, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI,

RvC 5450 / DF

Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2013)”

Verifico que o autor não alega que o mesmo fato ou circunstância motivou dupla incidência típica. Também não argumenta que o *bis in idem* articulado teria ocorrido na dosimetria de um **mesmo crime**.

Questiona, em verdade, o juízo de vinculação entre **delitos diversos**, na medida em que, nas palavras da defesa, o autor “*teve a pena do peculato majorada porque supostamente utilizou dos recursos do peculato para corromper.*” Aduz (fl. 129) que uma mesma circunstância não pode “*ser considerada ao mesmo tempo elementar de um crime (e assim utilizada para condenar e aplicar a pena) e também circunstância judicial desfavorável de outro crime (e assim utilizada para majorar a pena)*”.

Trata-se tão somente de aferir a maior reprovabilidade da motivação do agir do condenado, sem denotação de *bis in idem*. Acrescento que a **individualização da pena** exige a **individualização de cada resposta penal**, considerado cada um dos crimes objeto de condenação.

Entretanto, como a própria defesa reconhece, não há impedimento de que a mesma circunstância justifique apenamento em infrações diversas. Maus antecedentes, por exemplo, podem, e devem, repercutir em delitos diferentes, sem que tal proceder configure duplicidade punitiva indevida.

O que se questiona é se uma mesma circunstância poderia constituir um crime e ser valorada negativamente na prática de outro.

Com a devida vênia, quanto ao reflexo da prática de um crime na dosimetria de outro, também não há ilegalidade. Nessa mesma linha, cito, por exemplo, a agravante genérica prevista no Código Penal que expressamente reconhece a regularidade de tal proceder:

“Art. 61 - São circunstâncias que **sempre agravam a pena**, quando não **constituem ou qualificam** o crime:

(...)

II - ter o agente cometido o crime:

(...)

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a

RvC 5450 / DF

impunidade ou vantagem de outro crime:"

Na situação em pauta, quanto à matéria impugnada, o autor foi punido pela prática de dois fatos diversos: peculato e corrupção. De tal modo, a exasperação da pena sob o fundamento de que os recursos obtidos mediante peculato teriam desaguado no custeio de corrupção -máxime porque a destinação dos valores desviados mediante peculato não constitui elemento essencial do tipo *corrupção*-, não configura ilegalidade. Trata-se de motivado juízo de reprovabilidade que não se ajusta às hipóteses revisionais.

iii) No que tange à alegada violação ao Princípio da Congruência, explicita a defesa que *“enquanto a denúncia imputou aos réus o desvio de R\$ 536.440,55, o voto condutor levou à majoração da pena base ao argumento de que o desvio teria sido de R\$ 1.077.000,00”*.

De fato, a extensão do resultado jurídico da conduta constitui elemento essencial à tipicidade, de modo que é razoável compreender que o Estado-Juiz não poderia considerar valor superior ao indicado na denúncia, mormente se inexistente aditamento à imputação que propiciasse o regular exercício do direito de defesa acerca dessa particularidade.

Nada obstante, ainda que fosse sopesado o valor apontado pela defesa, qual seja, R\$ 536.440,55, não se verifica modificação na compreensão no sentido de que a conduta causou dano ao erário que legitimava maior apenamento.

Em sentido semelhante:

“Ultrapassando a barreira do mínimo indispensável para a configuração do tipo básico, o restante pode e deve ser avaliado como circunstância peculiar do caso, a merecer ponderação na fixação da pena.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 147).

De tal forma, o acolhimento da alegação de inobservância do

RvC 5450 / DF

Princípio da Correlação, considerando o dano remanescente descrito na denúncia, não geraria pronunciamento favorável ao interessado.

iv) Essa argumentação também é aplicável ao tema da continuidade delitiva, reconhecida em relação aos dois peculatos praticados contra o Banco do Brasil. Acerca do tema, concluiu o Relator (AP 470/DF, fl. 57.976):

“As consequências do crime também se revelam mais lesivas do que as normais da espécie, tendo em vista que o elevadíssimo montante do prejuízo causado (quase R\$ 74 milhões, oriundos da participação do Banco do Brasil no Fundo Visanet, transferidos indevidamente para a conta da DNA Propaganda; e ainda apropriação indevida de R\$ 2.923.686,15 recebidos a título de bônus de volume no contrato da empresa com o Banco do Brasil).”

Agrega a defesa que configura *bis in idem* considerar a extensão global do dano na pena-base e implementar incremento de pena por força da continuidade delitiva. Na sua ótica, os crimes exigiriam dosimetria individual, com posterior acréscimo da causa prevista no art. 71, do Código Penal.

Assim como no item anterior, a alegação, mesmo que fosse admitida, não geraria resultado processual favorável ao autor. É que, no caso em mesa, não se verifica distinção substancial entre considerar lesão de cerca de 77 milhões de reais e sopesar ofensa correspondente a 74 milhões de reais.

Nessa perspectiva, as alegações atinentes à revisão da dosimetria da pena também não se amoldam ao figurino legal.

6. Concluo assentando (e reiterando ao final) que pleito de índole similar recebeu desate de modo a arrimar decisão monocrática na Revisão Criminal 5457, sob a relatoria do e. Ministro Luiz Fux; assentou ali o i. Ministro em toada *mutatis mutandis* aplicável à pretensão revisional em

RvC 5450 / DF

apreciação aqui:

“O Requerente não faz referência a novas provas relativas à legalidade da sua conduta, tampouco demonstra que, posteriormente ao julgamento da apelação, teriam surgido evidências conducentes à redução da pena que lhe foi aplicada (in casu , restritiva de direitos).

Cinge-se o Requerente a comparar sua conduta com a de terceiro, que considera idêntica à que lhe foi imputada, e a sustentar que esta última não foi submetida a qualquer persecução penal.

Ocorre que, quando o Código de Processo Penal se refere a novas provas, ou novas circunstâncias, no inciso III do art. 621, por óbvio que o faz no sentido de que as mesmas se refiram ao contexto fático-probatório do processo em que se pretende a revisão.

Deveras, o Código de Processo Penal admite a revisão quando se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Na preciosa lição de Tourinho Filho, anteriormente referida, as circunstâncias são aquelas previstas no Código Penal ou na legislação penal extravagante, como sejam circunstâncias atenuantes, causas de diminuição de pena ou ainda circunstâncias legais que determinem menor elevação da pena , como seria o caso dos artigos 70 e 71 do Código Penal.

Por conseguinte, não se admite a análise comparativa de decisões em processos distintos, para justificar a necessidade de revisão do julgado. É preciso que o Requerente demonstre, de modo a afastar a coisa julgada, que surgiram novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Alegações de tratamento desigual, por decisão judicial, a situações alegadamente semelhantes, mesmo que posteriores, ou ainda digressões sobre a justiça da sanção penal aplicada, não têm o condão de fazer incidir a causa de revisão criminal

RvC 5450 / DF

prevista no art. 621, III, do Código de Processo Penal.

Com efeito, cabe aos órgãos competentes a análise da legalidade ou ilegalidade das condutas submetidas ao seu conhecimento. Por isso mesmo, revela-se anódina eventual compreensão crítica quanto à adequação ou não da interpretação conferida aos fatos sobre os quais o Poder Judiciário deva se manifestar.

Reforçam este entendimento os precedentes do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que Variações jurisprudenciais, a respeito, também não justificam revisão (art. 621 do CPP) (RvC 4794, Primeira Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, Relator p/ Acórdão Ministro Sydney Sanches, j. 18/06/1993).

Com mais razão, incabível a Revisão Criminal simplesmente ao fundamento de que, em outro caso concreto, a Corte teria manifestado entendimento distinto daquele veiculado na decisão impugnada por meio da Ação Revisional. (...)”

7. Por todas as razões expostas, considerando que o pedido não se funda em novas provas descobertas após a condenação, bem como que os argumentos e fatos que a defesa pretende comprovar não se revelam aptos a promover a desconstituição, ainda que parcial, do título condenatório, nego seguimento à revisão criminal.

Publique-se. Intime-se.

Arquive-se.

Brasília, 29 de outubro de 2017.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente