

**EXMO. SR. DESEMBARGADOR RELATOR DO EGRÉGIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO – DR. JOÃO
PEDRO GEBRAN NETO.**

Processo nº. 5083401-18.2014.404.7000

ROGÉRIO CUNHA DE OLIVEIRA, devidamente qualificado nos autos acima numerados, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., por intermédio de seus advogados infra assinados, apresentar as **RAZÕES DE APELO**, com fundamento no artigo 600, §4º, do Código de Processo Penal, pelas razões de fato e de direito expostas em anexo.

De Recife para Porto Alegre, em 19 de abril de 2016.

ADEMAR RIGUEIRA NETO

OAB/PE 11.308

MARIA CAROLINA AMORIM

OAB/PE 21.120

CARIEL BEZERRA PATRIOTA

OAB/PE 37.947

EDUARDO LEMOS

OAB/PE 37.001

LÍGIA CIRENO TEOBALDO

OAB/PE 31.442

AMANDA DE BRITO FONSECA

OAB/PE 33.974

SUMÁRIO

01. Breve síntese dos fatos e do processo	5
02. Considerações iniciais sobre a participação de Rogério Cunha de Oliveira nos fatos imputados. Grave equívoco na valoração de sua conduta. Das provas produzidas e da atuação do Recorrente, detalhada e confessada em seu próprio interrogatório.....	12
2.1. Da responsabilidade de Rogério Cunha <u>após</u> abril de 2011. Exercício do cargo de Diretor de Óleo e Gás. Submissão aos Diretores Estatutários, Vice Presidentes, Presidente e Sócios da empresa. Ausência de poder para representar a empresa. Atuação em nome e por ordem de superiores.....	15
2.2. Da vida profissional de Rogério Cunha na empresa Mendes Júnior <u>antes</u> de assumir o cargo de Diretor de Óleo e Gás. Impossibilidade de imputação de fatos pretéritos a essa data (abril/2011). Necessidade de readequação da condenação à situação do Recorrente. Análise da conduta de Rogério com relação a cada um dos contratos assinados com a Petrobrás.....	27

Em Preliminar

03. Da incompetência do juízo para o processamento do feito. Incompetência absoluta. Matéria que pode ser analisada a qualquer tempo	49
04. Da inversão de etapas processuais. Designação de audiência antes do pronunciamento acerca das defesas apresentadas. Cerceamento de defesa. Prejuízo demonstrado. Violação ao princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF).	53
05. Cerceamento de defesa. Negativa de acesso às provas referidas na denúncia e que embasam a acusação. Ofensa à ampla defesa e ao devido processo legal (Art. 5º, LV da CF/88).	57
06. Da ilicitude da prova do interrogatório do réu colaborador Alberto Youssef nos autos nº 5026212-52.2014.4.04.7000. Ausência de homologação judicial do acordo de colaboração premiada. Participação do juízo de primeiro grau nas negociações. Violação do art. 4º, §§ 6º e 7º da lei 12.580/2013.....	63
07. Da separação do feito. Impossibilidade diante da natureza das acusações. Acusação de organização criminosa e de corrupção passiva. Crime bilateral. Conexão subjetiva e probatória. Inépcia da acusação. Prejuízo efetivo. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Afronta aos princípios do Contraditório, Ampla Defesa e Devido Processo Legal (art. 5º, LIV e LV, da CF/88). Violação aos arts. 76, I e III, e 80 do CPP.....	67

No Mérito

08. Da consideração dos crimes antecedentes à lavagem de capitais. Impossibilidade de utilização dos crimes de cartel e ajuste fraudulento de licitações como crimes antecedentes à lavagem.....	73
8.1. Da inexistência de elementos mínimos de comprovação do cartel e do ajuste fraudulento de licitações.....	76
8.2. Da impossibilidade de utilização de cartel e crimes licitatórios como antecedentes à lavagem de dinheiro. Inexistência de proveito econômico.....	95
09. Da atipicidade da acusação de lavagem propriamente dita. Ausência dos requisitos de branqueamento de capitais. Consideração de atos de corrupção como antecedentes à lavagem.....	105
9.1 Tese subsidiária. Da consideração equivocada da multiplicidade de atos de lavagem de capitais. Conduta única. Impossibilidade de condenação de Rogério Cunha pelo contrato com a empresa Rigidez.....	117
10. Da atipicidade do delito de corrupção. Peculiaridade da situação de Rogério Cunha. Inexistência de participação em qualquer acordo ou negociação de propina. Ausência do dolo. Ausência de domínio dos fatos. Vantagem indevida paga em virtude de ameaça feitas por funcionário público. Configuração do crime de concussão. Absolvição que se impõe.....	120
10.1 Da individualização da conduta de Rogério Cunha. Ausência de prova de participação em acordo ou negociação de propina. Situação reconhecida por Paulo Roberto Costa. Ausência do dolo de corromper.....	121
10.2. Da impossibilidade de imputação do crime de corrupção a Rogério Cunha. Ausência de domínio dos fatos.....	124
10.3 Da vantagem indevida paga em virtude de ameaça feitas por funcionário público. Configuração do crime de concussão. Absolvição que se impõe.....	126
10.4. Da tese subsidiária. Hipótese de crime único de corrupção. Equívoco na quantificação dos fatos.....	144
11. Da condenação por associação criminosa (art. 288 do CP). Ausência de vínculo subjetivo entre o Recorrente e corréus para a prática de crimes. Atos do Requerente que não se comunicam com suposta organização. Ausência de dolo em associar-se para fins de cometer crimes. Réu que só teve contato com duas pessoas da suposta organização: Alberto Youssef e Sérgio Mendes. Redação do art. 288 anterior à lei 12.850/13. Exigência de mais de três pessoas. Absolvição que se impõe.....	147
12. Da dosimetria da pena.....	155

12.1. Do cálculo da pena-base. Crimes de corrupção ativa e lavagem de dinheiro. Necessidade de reanálise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Irrazoabilidade. Pena de multa. Violação dos artigos 93, IX, da CF, 156 do CPP e 59 do CP. Ofensa aos princípios constitucionais da proporcionalidade e individualização das penas.....	156
12.2. Da desproporcionalidade na primeira fase da dosimetria. Aumento exacerbado da pena. Desconsideração dos critérios adotados para cálculo de cada circunstância judicial. Violação do art. 59 do CP e dos princípios constitucionais da proporcionalidade e individualização das penas.....	167
12.3. Da impossibilidade de incidência da agravante do art. 61, II, <i>b</i> , do Código Penal quanto ao delito de lavagem de capitais. Corrupção ativa. Crime formal. Efetivo pagamento. Irrelevante para a consumação do delito.....	169
12.4 da necessidade de reconhecimento da atenuante da confissão (art. 65, III, <i>d</i> , do CP). Colaboração do apelante. Concurso entre agravante e atenuante.	171
12.5. Da necessidade de afastamento da causa de aumento prevista no parágrafo único do art. 333 do CP. Violação do art. 93, IX, da CF. Ofensa ao princípio <i>nulla accusatio sine probatione</i>	173
12.6. Da necessidade de reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 29, §1º, do CP. Participação de menor importância do apelante.....	178
12.7. Da terceira fase da dosimetria da pena dos crimes de corrupção ativa e lavagem de capitais. Necessidade de afastamento da aplicação do art. 71 do CP. Crime único. Exacerbação na fixação da fração.....	182
12.8. Da inaplicabilidade do §4º do art. 33 do CP. Ausência de prejuízo. Inocorrência de superfaturamento.....	189
13. Da fixação de valor mínimo para reparação do dano. Violação ao art. 387, IV, do CPP. Ausência de dano comprovado. Ofensa ao princípio constitucional da <i>nulla accusatio sine probatione</i> . Violação do art. 1º do CP e do art. 5º, XXXIX, da CF. Ofensa aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização das penas.....	190
14. Dos pedidos.....	195

01. BREVE SÍNTESE DOS FATOS E DO PROCESSO.

O Recorrente, na qualidade de funcionário celetista da **Mendes Junior Trading Engenharia S.A.**, foi denunciado pelo *Parquet* sob acusação de prática das condutas tipificadas nos artigos 2º, *caput*, e §4º, II, III, IV e V, da Lei 12.850/2013 (organização criminosa), art. 333, *caput*, do Código Penal (por 53 vezes), com o aumento de pena do parágrafo único do mesmo dispositivo penal (corrupção ativa com o aumento de pena em razão da prática do ato de ofício), art. 1º, c/c art. 1º, §2º, II da Lei 9.613/98 (por 11 vezes), com incidência da causa de aumento do §4º (lavagem de dinheiro cometida através de organização criminosa) e, ainda, art. 304 c/c art. 299 do Código Penal (uso de documento falso e falsidade ideológica, em concurso material).

Narra a exordial que o Recorrente, juntamente com as pessoas de **Sérgio Cunha Mendes, Ângelo Alves Mendes, Elísio Vilaça Gomes e José Humberto Cruvinel Resende**, todos da **Mendes Junior Trading Eng. S.A.**, na condição de “administradores” da empresa e de consórcios dos quais a **Mendes Júnior** integrou, teriam participado de organização criminosa da qual seriam parte as empresas *Odebrecht, UTC, Camargo Correa, Techint, Andrade Gutierrez, OAS, Promon, MPE, Skanska, Queiroz Galvão, Iesa, Engevix, GDK e Galvão Engenharia*.

Tal organização, segundo o Ministério Público Federal, teria por intuito a prática dos crimes de cartel (art. 4º, II, “a” e “b” da Lei 8137/90) e crimes licitatórios (art. 90 da Lei 8.666/90), os quais não são objeto da peça vestibular em comento.

Sobre o delito de organização criminosa, aduziu o *Parquet* que as empresas acima referidas se reuniram, dentre os anos de 2004 a 2014, para dominar o mercado de grandes obras de engenharia, constituindo-se através de um “clube”. Por sua vez, os diretores **Paulo Roberto Costa e Renato Duque**, da empresa **Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás**, adjudicavam as licitações direcionadas àquelas empreiteiras, garantindo benefícios aos contratados.

Ainda segundo a denúncia, tais construtoras repassavam valores indevidos aos funcionários da **Petrobrás** – cometendo o crime de corrupção – e se utilizavam, para tanto, das operações indicadas por **Alberto Youssef** para lavagem do capital desviado.

Nesse raciocínio, fazendo uso de depoimentos de delação premiada, **cujo acesso integral aos áudios e vídeos não foi facultado à defesa durante a instrução penal e que não estavam ainda homologadas judicialmente quando do oferecimento da denúncia**, o *Parquet* afirmou que, em todos os contratos firmados pelas empresas ditas “cartelizadas”, era repassado aos diretores da Petrobrás o percentual de 3% do valor total contratado, a título de “propina”. Já nas alegações finais, resolveu o MPF alterar esses patamares, para imputar aos réus o pagamento de supostas propinas no valor entre 1% a 5%.

Complementou a acusação que a entrega de tais valores era operacionalizada através de contratos de prestação de serviço fictícios, nos quais se dissimulava a transferência do dinheiro das empreiteiras para os funcionários públicos corrompidos através da emissão de notas fiscais “frias”. **Sobre esse ponto seria firmada a acusação de lavagem de dinheiro.**

Especificamente sobre o Recorrente, o *Parquet* tenta colocá-lo como “alto executivo” da empresa Mendes Júnior, olvidando do fato de se tratar de um mero funcionário da empresa (não sócio), o qual exerceu diversos cargos operacionais (no setor de engenharia) e por pouco tempo atuou em cargo de direção (Diretor de Óleo e Gás – assumido apenas em abril de 2011).

A denúncia foi recebida em 16 de dezembro de 2014, já se designando audiência de instrução para ouvida de testemunhas de acusação, bem como a intimação dos réus para apresentação de resposta à denúncia em 10 (dez) dias (evento 06).

Em resposta à acusação (evento 200), o Recorrente alegou, a título de **preliminar**, cerceamento de defesa em razão da negativa de acesso à íntegra dos pronunciamentos referidos na denúncia, em especial aos de delação premiada; inépcia da exordial em razão da indevida divisão da denúncia; nulidade pela inversão de etapas processuais, diante da designação de audiência antes do pronunciamento da Defesa; incompetência do juízo para processar o feito. No **mérito**, infirmou o equívoco do Ministério Público pelo superdimensionamento da participação do Recorrente nas acusações e requereu a necessidade de sua readequação, considerando que os cargos ocupados na empresa não o conferiam autonomia e independência para tomar decisões.

A decisão judicial rejeitando todas as alegações de defesa foi prolatada **momentos antes da primeira audiência de instrução, e não contemplou os argumentos da defesa do Recorrente**. Na realidade, a opção do M.M. Juiz *a quo* foi a de abordar em sua decisão apenas as teses coincidentes

de várias respostas de defesa, como se percebe da leitura daquele *decisum* (evento 272). A irresignação da defesa foi registrada na abertura da primeira audiência de ouvida de testemunha de acusação (evento 310).

Ouvidas as testemunhas de acusação e defesa e transcritos todos os depoimentos, foram interrogados os réus (eventos 849, 890, 907 – transcrições) e juntados documentos aos autos.

Impende registrar, em relação ao Recorrente, os seguintes documentos acostados aos autos, a seguir comentados nesta peça defensiva.

Documentos juntados quando da apresentação de resposta à denúncia (evento 200):

(I) Declaração dos cargos exercidos por Rogério Cunha e respectivos períodos, fornecida pela empresa Mendes Júnior; Documentos comprobatórios da movimentação de profissionais emitidos em 15.09.2003, 24.01.2008 e 23.03.2011 (Doc. 01 do evento 200);

(II) Organogramas de cargos da empresa Mendes Júnior entre 2009 e abril/2001, e a partir de abril/2011 (Doc. 02 do evento 200)

(III) Comunicação que informa a abertura do projeto TAIC e indica as pessoas responsáveis, dentre os quais não figura a pessoa do Recorrente; Comunicação que informa a abertura do projeto REPAR e indica as pessoas responsáveis, dentre os quais não figura a pessoa do Recorrente (evento); Comunicação que informa a abertura do projeto Barra do Riacho e indica as pessoas responsáveis, dentre os quais não figura a pessoa do Recorrente; Comunicação que informa a abertura do projeto REGAP e indica as pessoas responsáveis, dentre os quais não figura a pessoa do Recorrente (Doc. 03 do evento 200);

(IV) Listagem de concorrências participadas e conquistadas pela empresa Mendes Júnior, na qual se observa que, após Rogerio Cunha assumir a Diretoria de Óleo e Gás (abril/2011), a Mendes Júnior não ganhou nenhuma concorrência junto à Petrobrás, com exceção daquela referente à obra da COMPERJ, mas cuja proposta já estava em andamento e finalização em abril de 2011, uma vez que o convite enviado à empresa e providências iniciais são datados de fevereiro de 2011 (Doc. 04 do evento 200);

(V) Procurações da empresa Mendes Júnior para o funcionário Rogério Cunha quando este já ostentava a condição de Diretor de Óleo e Gás, com poderes específicos para efetuar contratos de locação e renovação de locação de imóvel residencial especificado e detalhado na procuração; Procuração da empresa para Rogério Cunha com poderes específicos para assinar Aditivo de obra especificado e detalhado no termos procuratório; Procuração da empresa para Rogério Cunha com poderes específicos para prestar esclarecimentos sobre a ocorrência de acidente e procedimentos especificados junto ao DETM da Petrobrás. **Todos esses instrumentos procuratórios demonstram a ausência de autonomia que Rogério Cunha detinha na empresa Mendes Júnior, até mesmo quando figurava como Diretor de Óleo e Gás, precisando de procuração específica e detalhada para representar a**

empresa quando fosse assinar quaisquer contratos a ela vinculados, direta ou indiretamente. (Doc. 05 do evento 200)

(VI) Normas procedimentais para a assinatura de contratos, investimento e pedidos de compra. Tais normas esclarecerem que o Diretor de uma área de negócios (a exemplo do Diretor de Óleo e Gás), diferentemente dos Diretores Estatutários, precisavam de autorização (através de procuração) para assinar contratos e aditivos em nome da empresa e, ainda assim, só poderiam assinar tais documentos em conjunto com um diretor estatutário ou outro procurador. Nesse sentido, vide o quadro explicativo da fl. 08 do citado documento (Doc. 06 do evento 200).

Documentos juntados pela Petrobrás, em cumprimento a pedido de diligências efetuado pela defesa do Recorrente:

(I) cópia dos registros diários de acesso do funcionário Rogério Cunha de Oliveira (através de crachá) às obras das refinarias REFAP (dentro o período de 08/2003 a 31/12/2007) e da Refinaria REPLAN (02/2008 a 03/2011). (eventos 430 e 790)

Documentos juntados no prazo do artigo 402 do CPP, no (evento 851):

Out02 – lista das concorrências para obras das quais a Mendes Junior participou a partir de abril/2011;

Out03 – Correspondência da Petrobrás para negociação dos aditivos 06 e 10 das obras do Terminal Aquário de Barra do Riacho (TABR). Documento mencionado no interrogatório de Rogério Cunha;

Out04 – Ata de fechamento de negociação do aditivo 06 – TABR. Documento mencionado no interrogatório de Rogério Cunha;

Out05 – Ata de fechamento de negociação do aditivo 10 – TABR. Documento mencionado no interrogatório de Rogério Cunha;

Out06 ao Out07 – Aditivo 06 – TABR. Documento mencionado no interrogatório de Rogério Cunha;

Out08 – Aditivo 10 – TABR. Documento mencionado no interrogatório de Rogério Cunha;

Out09 – Aditivo 17 do consórcio CMMS. Documento mencionado no interrogatório de Rogério Cunha;

Out10 – Notas de Reunião do consórcio CMMS, com quantitativos previstos no orçamento e valores correspondentes ao executado. Documento mencionado no interrogatório de Rogério Cunha;

Out 11 ao 24 – Atas de reunião do consórcio CMMS. Documento mencionado no interrogatório de Rogério Cunha;

Out 25 – Correspondência do consórcio CMMS sobre o histórico do aditivo XII e extensão de prazo para novo aditivo;

Out 26 - Correspondência do consórcio CMMS sobre composição dos valores para pleito de extensão de prazo e ressarcimento de custos.

Out 27 – Cópia do crachá utilizado para acesso nas obras da REPLAN.

Pois bem. Em sede de alegações finais, cometendo os mesmos equívocos da acusação inicial, o Ministério Público relaciona Rogério Cunha a todos os contratos e atividades da empresa Mendes Júnior datados do período entre 2004 a 2014, mesmo ciente de todas as provas produzidas em sentido contrário e do próprio depoimento de Alberto Youssef, o qual detalhadamente especifica em que momento e para quais aditivos ele próprio teria solicitado valores indevidos da empresa Mendes Júnior.

Já a defesa do Recorrente, em suas alegações finais (e. 1024), alegou, **preliminarmente**: (I) incompetência (absoluta e relativa) do Juízo para o processamento do feito; (II) cerceamento de defesa em razão da indevida inversão das fases processuais – designação de audiência antes do pronunciamento judicial acerca das defesas apresentadas; (III) cerceamento de defesa dada a negativa de acesso às provas referidas na denúncia e que embasaram a acusação; (IV) ilicitude da prova do interrogatório do réu colaborador Alberto Youssef nos autos nº 5026212-52.2014.4.04.7000, pela ausência de homologação judicial do acordo e pela presença do Juízo *a quo* nas suas negociações; (V) inépcia da denúncia em razão do desmembramento dos processos dos supostos crimes de organização criminosa e da imputação de corrupção passiva e ativa na modalidade bilateral sem a indicação do funcionário público, impossibilitando o exercício da ampla defesa.

No mérito, o Apelante pugnou por sua absolvição em relação a todos os delitos, alegando, em síntese: (VI) abuso do poder de acusar do MPF, que superdimensionou a suposta participação do Recorrente nos fatos imputados, apesar de as provas indicarem a sua posição de subordinação e sua ausência de poder de decisão; (VII) a inexistência de elementos mínimos para comprovar a existência de cartel e a impossibilidade de sua utilização como crime antecedente para configuração do delito de lavagem de dinheiro, por inexistir proveito econômico; (VIII) a impossibilidade da aplicação do tipo penal de organização criminosa e da causa de aumento de pena prevista no art. 2º, §3º, da Lei 12.850/2013, bem como a ausência de vínculo subjetivo entre o Recorrente e os corréus para a prática de crimes; (IX) a atipicidade do delito de corrupção, em razão de o Recorrente não possuir qualquer domínio dos fatos e de a suposta vantagem indevida ter sido paga mediante ameaça de funcionário público, configurando o crime de concussão, do qual seria o Recorrente vítima; (X) a atipicidade do crime de lavagem de dinheiro, pela ausência dos seus requisitos do processo de branqueamento de capitais, ou pela aplicação do princípio da consunção entre a suposta corrupção ativa e o delito de dissimulação de ativos, bem como a inaplicabilidade da causa de aumento do art. 1º, §4º, da Lei 9.613/98; (XI) a impropriedade da imputação do crime de uso de documento falso, porque atípico diante da ausência de conduta por parte

do Apelante, da exclusão do delito pela aplicação da garantia do *nemo tenetur se detegere* e da ausência de potencialidade lesiva dos documentos apresentados.

O Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná (Subseção de Curitiba/PR) proferiu sentença (evento 1051) para absolver o ora Apelante da imputação dos crimes de uso de documento falso e de corrupção ativa em relação aos contratos do Consórcio Interpar (obra da REPAR) e Refinaria Gabriel Passos (REGAP).

Por outro lado, proferiu condenação com relação à suposta corrupção nas demais obras (penas previstas pelo art. 333, c/c art. 71, ambos do CP), imputando, ainda, lavagem de ativos (art. 1º, caput e inc. V, da Lei 9.613/98), ambos em crime continuado (c/c art. 71 do CP) e formação de quadrilha (art. 288 do CP), nos seguintes termos:

478. Rogério Cunha Pereira (sic – Oliveira), subordinado a Sergio Cunha Mendes, atuou diretamente na corrupção ativa e na lavagem de dinheiro. O fato de ter atuado em subordinação a Sergio Cunha Mendes não elimina sua responsabilidade criminal. Deve ser excluída sua responsabilidade pelos crimes de corrupção envolvendo o contrato do Consórcio Interpar e o da obra da REGAP pois nessa época ainda não era Diretor de Óleo e Gás da Mendes Júnior. Repõe, porém, pelos demais, mesmo do consórcio CMMS, pois era gerente do contrato e, além disso, participou diretamente dos repasses específicos da propina relativamente a este e os demais contratos.

(...)

605. Condeno Rogerio Cunha Pereira (sic – Oliveira):

- a) **Pelo crime de corrupção ativa, por três vezes, pelo pagamento de vantagem indevida a Paulo Roberto Costa, em razão de seu cargo como Diretor da Petrobrás (art. 333 do CP);**
- b) **Pelo crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, caput, inciso V, da Lei 9.613/1998, por onze vezes, consistentes nos repasses, com ocultação e dissimulação, de recursos criminosos provenientes dos contratos discriminados da Mendes Júnior e dos consórcios que integrou, através de operações simuladas com as empresas GFD Investimentos e Empreiteira Rígidez; e**
- c) **Pelo crime de associação criminosa do art. 288 do CP; (grifado e sublinhado)**

Na dosimetria da pena, em relação à condenação pelo art. 333 do CP, o magistrado aplicou a pena-base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, não reconhecendo agravantes e atenuantes, e fixou multa de 150 (cento e cinquenta) dias-multa. Este *quantum* foi majorado em 1/3 (um terço), pela incidência da causa de aumento do parágrafo único do art. 333 do CP, elevando a pena para 06 (seis) anos de reclusão. Ainda, em razão do reconhecimento da continuidade delitiva (art. 71 do CP), foi a pena aumentada

em mais 1/3 (um terço), chegando a 08 (oito) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, sendo o valor do dia-multa de 05 (cinco) salários mínimos vigentes ao tempo do último fato delitivo (03/2013).

Quanto à condenação pelo art. 1º, *caput* e inc. V, da Lei 9.613/98, o MM. Juiz de primeiro grau aplicou a pena-base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Pelo reconhecimento da agravante do art. 61, II, “b”, do CP, foi a pena elevada em 06 (seis) meses, passando a 05 (cinco) anos de reclusão. Fixou-se ainda pena de multa em 100 (cem) dias-multa. O *quantum* da reprimenda foi majorado em virtude da continuidade delitiva (art. 71 do CP), na fração de 2/3 (dois terços), sendo definitivamente fixada em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 05 (cinco) salários mínimos vigentes ao tempo do último fato delitivo (06/2013).

No que se refere à condenação pelo art. 288 do CP, o magistrado *a quo* aplicou a pena no mínimo legal de 01 (um) ano de reclusão, sem incidência de agravantes, atenuantes, nem de causas de aumento ou diminuição.

Entendendo pela incidência do concurso material entre os tipos, o Juízo *a quo* condenou o Apelante definitivamente ao total de 17 (dezessete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Ao final, fixou a título de reparação mínima dos danos o valor de R\$ 31.472.238,00.

Irresignada com o decreto condenatório, a Defesa interpôs o termo de Apelação (evento 1103), pugnando pela apresentação das razões em superior instância, com fundamento no art. 600, §4º, do Código de Processo Penal.

Não obstante a alta reprimenda já aplicada, o Ministério Público Federal também interpôs recurso de apelação (evento 1138), pretendendo reformar todas as absolvições e, ainda, exasperar a pena aplicada aos réus.

Com relação ao Recorrente, em suas razões de Apelo, o *Parquet* requer (I) a elevação do número dos atos de corrupção de forma a considerar cada contrato e cada aditivo como um crime – passando de 3 (três) para 31 (trinta e um) os delitos de corrupção imputados ao Apelante; (II) a valoração negativa dos elementos *culpabilidade*, *motivos* e das circunstâncias do art. 59 quando do cálculo da pena-base de cada um dos crimes, sempre para exasperar ainda mais a sanção aplicada; (III) a aplicação da incidência da agravante do art. 62, I, do CP e a causa de aumento de pena do art. 1º, §4º, da

Lei 9.613/98 na dosimetria; (IV) o afastamento da continuidade delitiva em prol do concurso material nos crimes de corrupção ativa e lavagem de capitais e o aumento do valor fixado como indenização mínima.

Vale salientar não ter havido impugnação do Ministério Público Federal quanto às absolvições do acusado pelos crimes de uso de documento falso e de corrupção ativa em relação aos contratos das Refinarias REPAR e REGAP.

A Petrobrás S/A, assistente de acusação, também apelou, pleiteando, sinteticamente, sejam acrescidos juros de mora ao valor indenizatório fixado na sentença (evento 1141).

Em seguida, a Defesa apresentou suas contrarrazões ao Apelo ministerial, refutando um por um os argumentos elencados.

Por fim, os autos foram encaminhados a esse e. Tribunal, e o Apelante foi intimado para oferecer suas razões recursais.

É o que cumpre relatar.

02. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A PARTICIPAÇÃO DE ROGÉRIO CUNHA DE OLIVEIRA NOS FATOS IMPUTADOS. GRAVE EQUÍVOCO NA VALORAÇÃO DE SUA CONDUTA. DAS PROVAS PRODUZIDAS E DA ATUAÇÃO DO RECORRENTE, DETALHADA E CONFESSADA EM SEU PRÓPRIO INTERROGATÓRIO.

Quando do oferecimento da denúncia e em suas alegações, o *Parquet* tenta envolver o Recorrente na imputação de todos os delitos descritos na denúncia e de todo o lapso temporal ali relatado.

No entanto, é certo que as acusações indiscriminadas contra o Recorrente olvidaram de correlacionar a conduta do acusado a cada fato tido por criminoso.

Na realidade, os pedidos ministeriais em relação a Rogério são baseados na presunção de que Rogério Cunha teria participado de reuniões de cartel, até mesmo antes do ano de 2011 (quando assumiu a Diretoria de Óleo e Gás); e na presunção de que Rogério saberia de suposto direcionamento de licitações, embora a Mendes Júnior não tenha conquistado nenhuma nova licitação após a

entrada de Rogério Cunha na Diretoria de Óleo e Gás (exceto a licitação do COMPERJ, cuja proposta já se encontrava praticamente finda, pelos setores competentes, em abril/2011. Ou seja, se houve acordos anteriores de direcionamento da licitação em cartel, deles não participou o Recorrente).

Por outro lado, a defesa colacionou aos autos farto material probatório a demonstrar que, antes de abril de 2011, Rogério atuava como engenheiro responsável pela execução de obras, residia nas proximidades da cidade onde se desenvolvia a construção e não detinha contato com membros da diretoria estatutária da empresa Mendes Júnior ou da Petrobrás, tampouco exercia qualquer atividade afeta ao fechamento de contratos com a Petrobrás ou era responsável pela apresentação de propostas licitatórias.

Assim, Rogério foi absolvido da imputação do crime de corrupção ativa em relação aos contratos da REPAR e da REGAP (e. 1051, item 599).

E, quanto ao contrato para construção do píer do novo Terminal Aquaviário de Ilha Comprida (TAIC), não houve condenação de nenhum dos acusados no presente feito, visto que *“não está claro a este Juízo [de primeiro grau] que houve propina neste contrato, não se reportando com clareza os acusados colaboradores de que teria havido pagamento dela neste contrato. Sem embargo de que isso possa ter mesmo ocorrido, na falta de melhor esclarecimento, devem ser consideradas ausentes melhores provas a esse respeito”* (e. 1051, item 286).

Ora, apesar da sentença ter entendido pela sua condenação quanto aos contratos da REPLAN e do Terminal Aquaviário de Barra do Riacho, o que se percebe é que tais contratos foram assinados em período muito anterior a 2011 (2007 e 2008, respectivamente), quando assumiu o cargo de Diretor de Óleo e Gás. Tanto é verdade que Rogério não assinou nenhum dos dois contratos.

E mais: conforme categoricamente afirmou Paulo Roberto Costa, após ser perguntado nada menos do que cinco vezes (!), seu relacionamento com Rogério Cunha cingiu-se a reuniões técnicas de assunto de obra (após 2011, porque antes disso eles sequer tinham qualquer contato), jamais tendo tratado com o Recorrente sobre assuntos ilícitos:

Juiz Federal: - O senhor chegou a tratar com mais alguém, não?

Interrogado:- O meu contato era só com o Sérgio Mendes.

Juiz Federal:- Chegou a, sem conversar sobre percentuais, mas chegou a discutir propinas com alguém da Mendes Junior depois dessa reunião?

Interrogado:- Não, meu contato era só com o Sérgio Mendes e os outros contatos foram contatos técnicos, previsão de obras, etc, eu não me lembro de ter discutido percentuais com ele em outra reunião que não tenha sido essa primeira reunião, não me lembro.

Juiz Federal:- Alguma outra pessoa da Mendes Junior que o senhor tenha tratado?

Interrogado:- Não, o contato era só com o Sérgio Mendes. Obviamente devo ter conhecido outras pessoas da Mendes Junior, mas meu contato era com Sérgio Mendes.

Juiz Federal:- Rogério Cunha de Oliveira, o senhor se recorda?

Interrogado: -Eu acho que ele esteve com Sérgio Mendes em alguma reunião comigo lá.

Juiz Federal:- Seria, segundo a denúncia, o diretor de óleo e gás da Mendes Júnior.

Interrogado:-Possivelmente esteve comigo sim.

Juiz Federal:- O senhor se recorda de ter discutido propina com ele?

Interrogado: -Não, não me recordo de ter discutido. Meu contato era com o Sérgio mesmo.

(trechos do interrogatório de PAULO ROBERTO, reduzido a termo no evento 850 e colacionado à sentença – evento 1051 – no item 370) – grifos nossos.

Na verdade, as altas condenações da sentença com relação à Rogério Cunha mostram-se absolutamente desproporcionais quando se observa que se trata de um mero empregado celetista da empresa, o qual agiu estritamente em reuniões pontuais, cumprindo ordens de superiores (presidente e vice-presidente, ou melhor, proprietários da empresa), e nenhuma vantagem obteve com relação os fatos investigados. Ademais, não tinha, e nunca teve, relação ou conhecimento com empresários de outras empreiteiras ou com qualquer outra pessoa relacionada a Alberto Youssef.

Faz-se interessante frisar tal questão porque, como se demonstrará, as referências a Rogério Cunha indicadas na sentença mostram-se extremamente precárias e não encontram guarida do contexto probatório. Tal injustiça deve ser reparada por esse e. Tribunal.

Na realidade, nada, absolutamente nada além do que os próprios fatos relatados nos interrogatórios policial e judicial de Rogério Cunha¹ pode ser usado para respaldar acusações. As ilações

¹ Que confirma, expressamente, a reunião ocorrida a pedido de Alberto Youssef, da qual o Requerente participara a mando de Sérgio Mendes, a exigência de dinheiro efetuada por Youssef em nome de Paulo Roberto Costa para aprovação de aditivos específicos, e o fato de a empresa ter feito específicos pagamentos de valores indevidos por meio dos contratos com as empresas de fachada.

contra esse acusado beiram ao absurdo, e denotam verdadeiro abuso do poder de acusar.

Aliás, mostra-se lamentável a postura do Ministério Público, que nitidamente faz uso da estratégia de endereçar aos réus o máximo de tipos penais, no máximo de tempo imaginado e em concurso material, para, assim, tentar obter o máximo de condenações possíveis, ainda que sem a indicação dos comportamentos individualizados que corresponderem às acusações.

Passa-se, pois, ao detalhamento das provas produzidas pela defesa do Recorrente, as quais demonstram a cabal irrazoabilidade dos argumentos acusatórios.

Para melhor compreensão, a narrativa a seguir é dividida em duas partes: (2.1) Dos fatos ocorridos **após abril de 2011**, quando Rogério Cunha assumiu a Diretoria de Óleo e Gás da Mendes Júnior; e (2.2) Do período em que Rogério Cunha ainda era um engenheiro de obra, residia e permanecia lotado na obra, não detinha contato com os sócios da empreiteira e pessoas de alto escalão da Petrobrás. Nesse período foram assinados todos os contratos de obras delineados na denúncia, com exceção do contrato COMPERJ.

2.1. DA RESPONSABILIDADE DE ROGÉRIO CUNHA APÓS ABRIL DE 2011. EXERCÍCIO DO CARGO DE DIRETOR DE ÓLEO E GÁS. SUBMISSÃO AOS DIRETORES ESTATUTÁRIOS, VICE PRESIDENTES, PRESIDENTE E SÓCIOS DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE PODER PARA REPRESENTAR A EMPRESA. ATUAÇÃO EM NOME E POR ORDEM DE SUPERIORES.

Como é sabido por V. Exa, o Recorrente **confessou sua participação nos fatos, seja em fase de inquérito, seja em fase judicial**. Tal confissão foi reconhecida pelo Juiz na sentença no item 90, d. 478 (e. 1051) e se coaduna com vários trechos do que foi afirmado pelo próprio Alberto Youssef.

No entanto, extrapolando os limites da prova produzida, o magistrado condenou Rogério Cunha a 17 (dezessete) anos de prisão, sem, sequer, considerar sua efetiva colaboração ao deslinde dos fatos.

Rogério Cunha trata-se de **funcionário celetista** da Mendes Júnior, o qual, em determinado momento, logo após ser promovido à Diretoria de Óleo e Gás (promoção datada de abril de 2011, conforme farto material probatório), teve a infelicidade de ser **mandado** a uma reunião com Youssef, na qual se discutiu supostos pagamentos – os quais ele nunca teve o poder de aceitar, ratificar, negociar ou concordar – e ali permanecer apenas como **expectador**. Depois disso, como ele próprio detalha, a mando de Sérgio Mendes e cumprindo ordens estritas dele, para não perder o emprego, assinou contratos fictícios de forma a viabilizar pagamentos às empresas de Alberto Youssef. **A situação de subordinação do Apelante a Sérgio Mendes é reconhecida na sentença no item 478 (e. 1051).**

Antes de mais nada, repita-se que a participação de Rogério nos fatos descritos na peça vestibular cingem-se ao comparecimento a uma reunião com Alberto Youssef, **a mando e em companhia de Sérgio Mendes, sócio estatutário da Mendes Júnior**, na qual foi cobrada de Sérgio Mendes a quantia de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais), para aprovação de três aditivos relacionados a contratos vigentes com a Petrobrás.

Para pagamento daquela exigência, Rogério informou nos autos terem sido firmados os contratos ideologicamente falsos (I) MJTE-ANOG 001/2011, firmado entre a empresa Mendes Júnior e a GFD Investimentos Ltda em 29 de julho de 2011, no valor de um milhão e duzentos mil reais, e seu aditivo, firmado em 15 de setembro de 2011, o qual acresceu o valor de um milhão e vinte mil reais; (II) MJTE – AEG 005-A/2011, firmado entre a empresa Mendes Júnior e a GFD Investimentos Ltda em 10 de agosto de 2011, no valor de um milhão de reais; e (III) CMMS-SE/065/2010, firmado entre o consórcio Mendes Júnior-MPE –SOG (CMMS) e a GFD Investimentos Ltda em 23 de agosto de 2011, no valor de dois milhões e setecentos mil reais.

Segundo a acusação, teria havido também o pagamento da quantia de 2 milhões de reais para a Empreiteira Rigidez Ltda, realizados em 10/08/2011 a 25/05/2012, 10/08/2011 a 25/06/2012, 10/08/2011 a 16/07/2012 e 10/08/2011 a 07/06/2013. Tal contrato não contou com a assinatura ou conhecimento do Recorrente, embora ele também tenha sido condenado por tais pagamentos.

Trataram-se, portanto, **de atos isolados de pagamento, absolutamente dissociados** de negociação de valores com Paulo Roberto Costa (conforme confirmado por esse próprio delator²); **absolutamente dissociados** de participação em suposto cartel (conforme demonstrado por

² Conforme já referido por diversas vezes nessas alegações, Paulo Roberto Costa negou qualquer contato com Rogério a respeito de pagamentos irregulares. Todo o contato dele seria com Sérgio Mendes.

aqueles que fizeram acordo de leniência); **absolutamente dissociados** da conduta de outras empreiteiras ou de agentes políticos.

E para que não se diga que tal alegação diz respeito ao depoimento isolado de Rogério Cunha, atenha-se ao que aduziu o próprio Alberto Youssef, em sua ouvida **na ação penal nº 5025847-91.2015.404.7000**, conexa à presente, após indagado pela advogada de defesa:

Defesa:- A minha continuação [de perguntas] é em relação apenas ao Rogério. O Rogério informou, senhor Youssef, no depoimento dele que teria conhecido o senhor em maio de 2011, quando foi convocado para uma reunião com o senhor e quando ele já era diretor de óleo e gás, **o senhor confirma essa informação, o senhor se recorda do ano em que conheceu Rogério Cunha?**

Interrogado:- Eu acredito que tenha sido em 2011, até porque anteriormente quem tratava desses assuntos era o senhor José, eu só vim depois a tratar diretamente depois que ele adoeceu e depois que ele faleceu, que foi em 2010.

Defesa:- O senhor em algum momento tratou com o senhor Rogério Cunha de algum pacote de obras ou algum contrato anterior a 2011, quando Rogério Cunha era chefe de obra? Ele era primeiro chefe de obra da Refap, depois da Replan, o senhor tratou com ele antes dessa data em algum momento ou o seu primeiro contato com ele teria sido, conforme ele informou, em maio de 2011, quando ele já era diretor de óleo e gás?

Interrogado:- Eu só tive contato com o Rogério quando ele passou a ser diretor de óleo e gás, foi quando o doutor Sérgio Mendes pediu que eu entrasse em contato com o Rogério para tratar dos atrasados e dos recebimentos posteriores.

Defesa:- Afora esses contratos que eu mencionei aqui, o senhor se recorda de mais algum? Esses 3 da GFD e mais, 1 da GFD era com o consórcio, e mais esse da Rigidez, o senhor se recorda de mais alguma coisa em relação à Mendes Júnior?

Interrogado:- Que eu me lembre assim nesse momento não.

Defesa:- Sem mais perguntas, excelência.

Pois bem. A sentença considera o crime de corrupção presente em todos os contratos assinados pela empresa Mendes Júnior com a Petrobrás. Assim, o Juiz absolveu Rogério Cunha com relação aos contratos da Interpar e da REGAP, em razão dele não ser ainda Diretor de Óleo e Gás na época da assinatura desses contratos³, mas o condenou por suposta corrupção em relação aos demais contratos.

³ Sentença: “478. **Rogério Cunha Pereira** (sic – Oliveira), subordinado a Sergio Cunha Mendes, atuou diretamente na corrupção ativa e na lavagem de dinheiro. O fato de ter atuado em subordinação a Sergio Cunha Mendes não elimina sua responsabilidade criminal. **Deve ser excluída sua responsabilidade pelos crimes de corrupção envolvendo o contrato do Consórcio Interpar e o da obra da REGAP pois nessa época ainda não era Diretor de Óleo e Gás da Mendes Júnior.** *Reponde, porém, pelos demais, mesmo do consórcio CMMS, pois era gerente do contrato e, além disso, participou diretamente dos repasses específicos da propina relativamente a este e os demais contratos.*” (grifado e sublinhado)

No entanto, apesar de condená-lo por suposta corrupção nas obras REPLAN, COMPERJ e TABR, a sentença olvidou de verificar se Rogério Cunha participara de negociações de propina e atos de corrupção em relação a cada um desses outros contratos.

Como se afirmou, Rogério Cunha confessou a falsidade de contratos firmados pela Mendes Júnior e pelo Consórcio CMMS com a empresa GFD Investimentos Ltda, firmados quando o Recorrente exercia o cargo de Diretor de Óleo e Gás da Mendes Júnior.

Ainda naquele depoimento, Rogério Cunha especificou um a um os contratos ideologicamente falsos, já acima indicados, e informou que Youssef relacionara tais contratos aos aditivos 06 e 10 da obra da TABR, e ao aditivo 17 da obra da REPLAN (Consórcio CMMS).

Conforme as provas dos autos, após a reunião com Youssef, Sérgio Mendes informou a Rogério Cunha que iria conversar sobre o assunto com Dr. Murilo Mendes, e que ele, Rogério, aguardasse as instruções de como proceder para viabilização do pagamento a Youssef. Dias depois, o Sérgio procurou o Rogério, e o informou que Dr. Murilo tinha concordado com a exigência de Youssef, determinando que Rogério solicitasse os contratos a Alberto Youssef para pagamento dos valores pedidos.

Todas essas questões encontram-se detalhadas nos interrogatórios judiciais de Rogério Cunha e Sérgio Mendes, o qual, durante a instrução, resolveu contar a verdade e alterar o que antes afirmou em fase inquisitorial.

Vê-se, pois, que o Recorrente não nega a assinatura dos contratos por ele efetivamente subscritos, assim como nunca negou – mesmo quando poderia ter-se utilizado do direito ao silêncio, em seus interrogatórios policial e judicial – que os contratos aludidos não detinham objeto real e se travestiam em contratos fictícios.

É certo, também, que Rogério esclareceu ter agido sob orientação e determinação de seu superior na empresa, e que não detinha poderes para decidir sobre os pagamentos exigidos por Alberto Youssef. Tanto que, na ocasião da reunião em que teve o seu primeiro contato com Youssef, Rogério permaneceu calado e esperou a empresa decidir se cederia ou não à exigência lançada pelo representante de Paulo Roberto Costa.

Assim, V. Exa deve levar em consideração o fato de que o Recorrente, mesmo quando assumiu cargo da Diretoria de Óleo e Gás, em 2011, **não detinha autonomia e independência para firmar contratos sem procuração específica que os delimitassem**, tampouco para determinar diretrizes e posicionamentos da monta daquelas descritas dentre os fatos investigados.

Na realidade, o Recorrente não detinha e nunca deteve poder decisório para determinar qualquer repasse de valores indevidos a terceiros.

Ora, uma breve análise da estrutura organizacional da Mendes Júnior afasta qualquer alegação de que Rogério Cunha exercia cargo de alto escalão.

Vide, nesse sentido, o documento intitulado “Estatuto Social Consolidado”, constante no evento 07 dos autos nº. 5053744-31.2014.404.7000. Conforme ali esclarecido, a DIRETORIA da empresa Mendes Júnior é composta pelos seguintes integrantes:

- (I) Diretor Presidente;
- (II) Diretor Vice-presidente de assuntos corporativos;
- (III) Diretor Vice-presidente de Mercado;
- (IV) Diretor Vice-presidente de Engenharia;
- (V) Diretor Vice-presidente de Desenvolvimento Financeiro.

Embora seja óbvio, cabe repisar que nenhum desses cargos era ocupado por Rogério Cunha, a quem não cabia nenhuma função de administração da empresa.

O próprio Sergio Mendes confirma, em seu interrogatório, tal estrutura hierárquica:

***Juiz Federal:** Quem estava em igual posição ao senhor dentro da empresa?*

***Interrogado:** Na parte de, como eram áreas separadas, era eu, o Ângelo na área dele, o Vitório na área de engenharia, nós tínhamos um diretor financeiro, o Delson, que depois trocou e tínhamos recentemente a de recursos humanos, eram 05 vice-presidentes.*

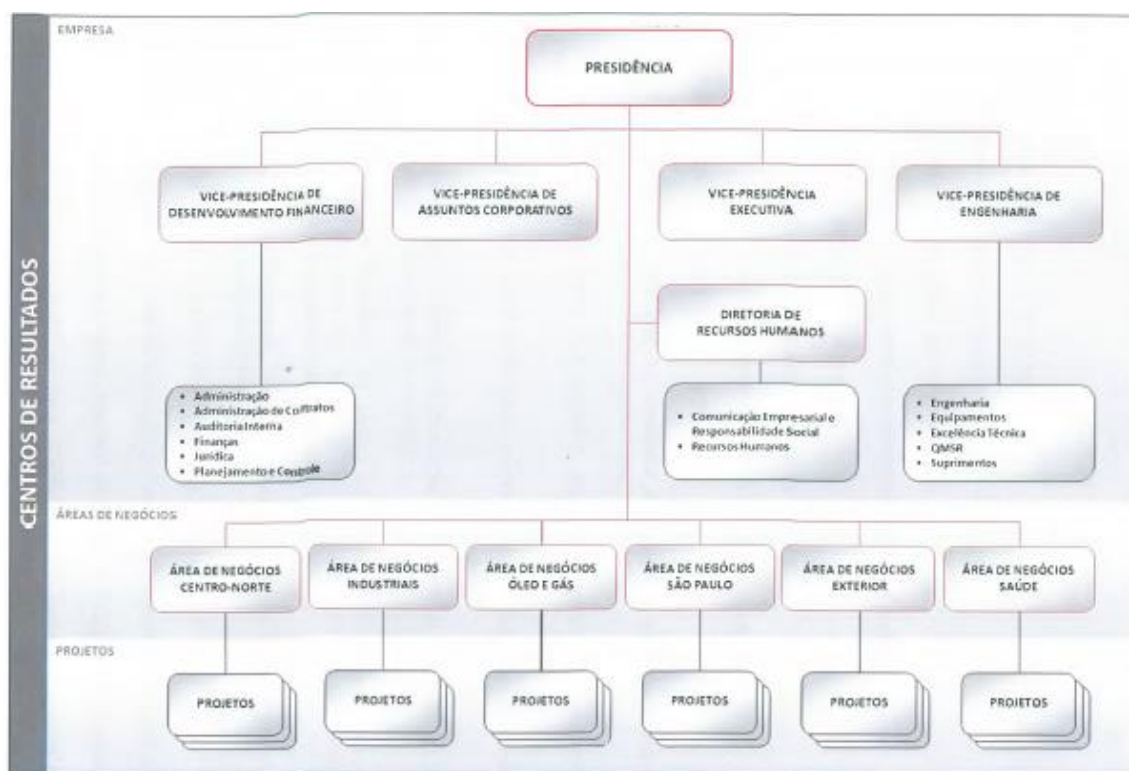
É não é só. Da análise do mesmo documento acima referido (Estatuto Social Consolidado - evento 07 dos autos nº. 5053744-31.2014.404.7000), se observa que **a constituição de consórcios era função daquela diretoria:**

“Art. 17. São atribuições e deveres da diretoria:

(...) VIII) decidir sobre a constituição ou extinção de consórcios operacionais, sociedades em conta de participação em obras, escritórios, representações e quaisquer outros estabelecimentos”

Vê-se, assim, que Rogério Cunha não integrava a Diretoria da empresa nem o Conselho de Administração, e dentre suas funções NÃO ESTAVA a de participar da formação de consórcios entre as empresas.

Vide o organograma da diretoria (figura abaixo), o qual separa, no quadro de cima, os sócios e diretores estatutários e, no quadro de baixo da área de negócios, os funcionários:



Esclarece-se, assim, que mesmo o Diretor Operacional de Óleo e Gás não tem autonomia na empresa para assinar contratos isoladamente, agindo sempre por determinação/orientação/autorização de um sócio estatutário. Nesse aspecto, mostra-se interessante o quadro denominado “limites para assinatura de documento”, encontrado à fl. 8 do documento “Procedimento para a assinatura de contratos, pedidos de investimento e pedidos de compra” (**Doc. 06 do evento 200**).

1. Contratos e aditivos firmados com clientes	
Diretores estatutários	Qualquer valor, sempre em conjunto, com 02 (duas) assinaturas.

Diretor Estatutário e/ou mandatários com procuração específica	Qualquer valor, sempre em conjunto, com 02 (duas) assinaturas ou procurador isoladamente
--	--

Do aludido documento se extrai que contratos e aditivos firmados com clientes (como era o caso de contratos com a **Petrobrás**) só poderiam ser assinados por (I) diretores estatutários, constando duas assinaturas, ou (II) por diretor estatutário e/ou diretores mandatários com procuração específica de diretor estatutário, sempre com duas assinaturas.

O Diretor Operacional de Óleo e Gás, portanto, por não ser diretor estatutário⁴, não detinha poderes para assinar contrato com qualquer cliente, a não ser que recebesse procuração específica e sua assinatura estivesse vinculada à de outra pessoa também habilitada.

Já com relação aos contratos e aditivos firmados com prestadores de serviços e fornecedores nas demais unidades (como era o caso dos contratos e aditivos assinados com a **GFD Investimentos Ltda.**), só poderiam ser firmados, a depender do valor, por:

1. Contratos e aditivos firmados com prestadores de serviços e fornecedores nas demais unidades.	
Diretores estatutários	Qualquer valor, sempre em conjunto, com 02 (duas) assinaturas.
Diretor estatutário e procurador (neste caso o procurador deverá ser sempre um diretor de Área de Negócios)	Negociações com valor entre R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), sempre em conjunto, com 02 (duas) assinaturas.
Procuradores nas demais unidades	Contratos com valores inferior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), sempre em conjunto, com 02 (duas) assinaturas.

Do exposto se extrai que Rogério Cunha, mesmo quando passou a ostentar o cargo de diretor operacional (2011), não podia firmar contratos e aditivos sozinho, e **precisava de procuração específica, além da assinatura (em conjunto) de diretor estatutário.**

Ora, se sequer poderia representar a empresa formalmente (precisando de procuração específica para assinar contratos, e ainda assim em conjunto com diretores estatutários), como poderia decidir sobre o repasse de milhões de reais a terceira pessoa? É óbvio que lhe faltava o domínio do fato.

⁴ Vide organograma contido no Doc. 01 do evento 200.

E mais: tanto o Recorrente não detinha autonomia de negociação e contratação – excetuando-se quando lhe era fornecida procuração específica discriminando a finalidade do contrato – que não poderia, por exemplo, firmar um simples contrato de locação em nome da empresa **Mendes Júnior** sem procuração. Nesse aspecto, vide a procurações anexadas no Doc. 05 do evento 200, as quais esclarecem que um diretor executivo precisava autorizar o Recorrente, via instrumento formal, a assinar aditivos e outros contratos.

Tais procurações acima mencionadas, datadas de 2012 e 2013, já indicam a grande distância que havia entre um diretor executivo ou estatutário (sócio) e o diretor operacional (como, por exemplo, Diretor de Óleo e Gás). **Ora, o raciocínio é óbvio: se Rogério Cunha precisava da outorga de poderes de um diretor estatutário até mesmo para fechar um simples contrato de locação, é porque ele não detinha, e nunca deteve, poderes para agir em nome da empresa.** Essa condição é bastante esclarecedora, e retira Rogério da condição de funcionário de “alto escalão”, com autonomia para agir ou com “domínio do fato”, pretendida pelo representante ministerial.

Tanto que, no contrato que assinou com a COMPERJ, **Rogério Cunha** agiu por delegação (e recebeu procuração específica para tanto).

Nesse sentido, esclareça-se que até mesmo para assinar os contratos e aditivos com a empresa GFD Investimentos Ltda., Rogério recebeu instrumento procuratório delimitando sua atuação. Tal fato indica, sobremaneira, sua ausência de poder de decisão sobre o tema e derruba por terra as considerações ministeriais de que ele era um gestor do esquema de entrega de propinas. **Rogério, na verdade, cumpria as determinações de seus superiores.**

Ademais, a condição de centralizador do presidente da empresa jamais permitiria a autonomia de Diretores sobre um assunto tão delicado. Sobre o tema, reporte-se ao afirmado pelas testemunhas dos autos Livia Sant’ana, Silvia Rezende e Margarida Soares, bem como pelo réu Angêlo Mendes:

Evento 759

LÍVIA SOUSA SANT'ANA – vice presidente de RH

(...)

Defesa:- Eu pergunto a senhora há quanto tempo o Doutor Murilo Mendes é Presidente da Mendes Júnior Trading?

Depoente:- Desde sempre, imagino eu. Eu estou na companhia desde novembro de 2008, essa companhia tem um histórico de 60 nos, o que

eu ouço da história é que o Doutor Murilo assumiu a Presidência dessa companhia aos 27 anos de idade.

Defesa:- Ele tem quantos anos hoje?

Depoente:- Ele tem 89 anos.

Defesa:- A senhora podia destacar as principais características do Doutor Murilo Mendes como administrador, talvez no trato com a senhora e na gestão da própria empresa?

Depoente:- Sim. Doutor Murilo é uma pessoa extremamente inovadora, de uma inteligência privilegiada, é um raciocínio muito rápido, uma capacidade de leitura de cenário excepcional, é talvez por idade ou por característica própria um homem centralizador e bastante firme nas suas convicções e decisões. (....)

Defesa:- O diretor de uma área de negócios tem autonomia para decidir o fechamento de um contrato sem se reportar ao superior hierárquico dentro da Mendes Júnior Trading?

Depoente:- Não, os contratos sempre exigem assinatura de estatutários.

Evento 759

SILVIA LUCIA MAIA DE REZENDE – psicóloga e consultora de recursos humanos

Defesa:- Do que a senhora conhece pessoalmente e do que eventualmente conhece da empresa, como seriam os traços principais, como característica, do Murilo Mendes enquanto gestor?

Depoente:- Olha, a imagem que eu tenho dele, que era a imagem que eu via, vamos dizer assim, um senso comum na empresa, o que se dizia era de um profissional, uma pessoa inteligente, mas que ao mesmo tempo bastante centralizador e, eu diria, arrogante, uma pessoa de contato um pouco difícil.

Evento 759 destes autos

MARGARIDA SOARES – Secretária de Ângelo Mendes
(...)

Defesa:- A senhora conhece o senhor Murilo Mendes, Presidente da empresa, naturalmente, a senhora trabalha há mais de 30 anos na empresa.

Depoente:- Claro, claro. Eu trabalho com a família esse tempo todo.

Defesa:- Como é que a senhora poderia destacar também um pouco desse perfil pessoal e profissional do Doutor Murilo Mendes?

Depoente:- Com referência ao Ângelo Mendes?

Defesa:- Não, com relação a Murilo Mendes, as características pessoais de Murilo Mendes.

Depoente:- Sim, ele é uma pessoa que até hoje está no poder da empresa, ele só está, não larga o poder, ele que dita as ordens, a última palavra é dele, tudo se resolve através dele, todos tem que se reportar a ele.

Evento 890

Depoimento do réu Angêlo Alves Mendes

Defesa: Obrigado, Excelência. Senhor Ângelo, por favor, o senhor podia brevemente descrever um pouco da cultura da administração da Mendes Júnior, relativamente à tradição da forma de administração da Mendes Júnior?

Interrogado: Pois não. A Mendes, apesar de ser uma empresa que em determinado momento adquiriu até um certo porte relevante no cenário empresarial, **é uma empresa que ainda hoje tem um viés de administração familiar bastante forte.** E isso muito moldado pela personalidade, pelo perfil do Doutor Murilo Mendes. Ele foi o grande artífice aí do crescimento da empresa, é uma pessoa que tem uma personalidade, como todo grande empreendedor, uma personalidade muito forte. E é um grande empreendedor, um empresário visionário, ousado, que assume risco com muita facilidade. **Mas esses empreendedores, de uma maneira geral, são pessoas que tem uma presença muito forte na organização, não dando muito espaço para que outros se manifestem dentro da estrutura da empresa. A empresa é muito moldada pela personalidade do Doutor Murilo.**

Por fim, registre-se que a partir de maio de 2011, na qualidade de Diretor de Óleo e Gás, Rogério Cunha apresentou diversas propostas orçamentárias para obras futuras da Petrobrás, **e não obteve êxito em nenhuma delas, ou seja, nenhum contrato novo foi acertado em sua gestão naquela diretoria** (vide Doc. 4 do evento 200, relação de concorrências que a empresa participou junto à Petrobrás nos anos de 2011 a 2014. No quadro “data de assinatura do contrato”, consta apenas a data relacionada ao contrato da COMPERJ).

Como aduzir, então, que o Recorrente participava de direcionamentos de licitação em reuniões de cartel, se a Mendes Júnior não ganhou nenhuma obra licitada após ele assumir a Diretoria Operacional de Óleo e Gás?

Frise-se: ao assumir novo cargo em 2011, Rogério já encontrou as obras do TAIC e REGAP absolutamente concluídas, e a última já em operação assistida. As obras do TABR, REPAR e REPLAN, por sua vez, já se encontravam com mais de 80% de sua construção concluída.

Nesse aspecto, repita-se: como imputar a Rogério qualquer suposta ilegalidade na constituição de tais consórcios ou contratos?

Como comprovado, **Rogério Cunha** fora apresentado a **Alberto Youssef** pelo próprio **Sérgio Mendes**, no ano de 2011, em reunião ocorrida na cidade de São Paulo/SP, **a qual também contou com a presença de Sérgio** e para a qual fora convocado a participar por ordem do próprio **Sérgio Mendes**. Naquela ocasião, não coube a **Rogério** absolutamente qualquer decisão ou acordo: tudo já estava resolvido entre **Sérgio** e **Youssef**, e ele fora

chamado à reunião apenas porque, algum tempo depois, iria ser convocado a assinar os contratos com a GFD Investimentos Ltda:

“(…) QUE em maio de 2011, SERGIO MENDES telefonou ao declarante convocando-o para uma reunião em São Paulo; **QUE** SERGIO MENDES informou que havia recebido uma ligação de PAULO ROBERTO COSTA informando que o PRIMO iria procurá-lo no dia seguinte, para tratar de assuntos do interesse da MENDES JUNIOR; **QUE** nessa reunião com PRIMO, estavam presentes, além do declarante o Vice Presidente da empresa SERGIO MENDES; **QUE** PRIMO informou que se a MENDES JÚNIOR não pagasse o percentual sobre o valor dos serviços realizados, muitos deles há mais de um ano, PAULO ROBERTO COSTA, não iria aprovar os pagamentos, devidos pela PETROBRÁS a MENDES JÚNIOR e não convidaria mais a empresa MENDES JUNIOR para participar das próximas obras da PETROBRÁS (...)” (fl.1)

E não se diga que as acusações contra Rogério se baseiam no interrogatório policial de Sérgio Mendes, prestado em fase inquisitorial, como ainda tentou sustentar o *Parquet*, em suas alegações finais.

Vê-se que o próprio Sérgio Mendes **retificou** o seu depoimento anterior, modificando sua versão para assumir sua responsabilidade e confirmar a versão sustentada por Rogério Cunha desde o início, em seu depoimento na fase inquisitorial. Assim, Sérgio Mendes explicou nos autos sobre a reunião que tivera com Alberto Youssef e para a qual convocara a participação de Rogério, bem como a comunicação a Rogério da decisão da empresa de aceitar as exigências de Youssef:

Juiz Federal: Consta aí no processo contratos que a Mendes Júnior e o Consórcio CMMS celebraram com a GFD Investimentos e com a Empreiteira Rigidez e os respectivos pagamentos. Foram através desses contratos que foram repassados os valores?

Interrogado: **Exatamente, foi até uma imposição, na verdade, eu fiquei sabendo que eram esses porque a partir do momento que o Doutor Murilo autorizou, eu comuniquei ao Rogério (...)**
(...)

Juiz Federal: **Quando o senhor prestou esse depoimento lá na polícia, o senhor mencionou que o conhecimento a respeito dessa exigência do Senhor Alberto Youssef teria vindo através do Senhor Rogério Cunha.**

Interrogado: **Não, é porque na verdade, como foi na época do depoimento, eu não lembrava muita coisa, depois eu fui relembando e na minha própria agenda, porque estava registrado como que tinha sido feito o pedido, a ligação do Paulo e depois a ligação do Youssef, aí eu...**

Vê-se, assim, que Sérgio Mendes acabou corrigindo parte da injustiça que cometera em seu primeiro depoimento, ao tentar imputar a responsabilidade a seu funcionário subalterno. Como posteriormente ele próprio reconhece, Rogério Cunha havia apenas cumprido as determinações da empresa.

As declarações de Alberto Youssef também comprovam que ele só conheceu Rogério Cunha em data posterior, quando o mesmo já exercia o cargo de Diretor de Óleo e Gás⁵.

E mais: Alberto Youssef confirma que Rogério Cunha não tinha autonomia para discutir sobre pagamentos, e precisava se reportar a seu superior (no caso, Sérgio Mendes). Nesse sentido:

Juiz Federal:- Nas tratativas que o senhor teve com Sergio Cunha ou com Rogério Cunha de Oliveira, eles tinham autonomia, eles davam a última palavra ou alguma vez eles afirmaram ao senhor: “Olha, espera que eu vou ver se eu posso fazer isso ou não posso fazer isso”, “preciso de autorização, preciso ver com acionista, com outro presidente”... Ou eles tratavam isso com autonomia com o senhor? Interrogado:- Tratavam com autonomia.

Juiz Federal:- Nenhum deles reportou, por exemplo, a necessidade de consultar o presidente da empresa ou o Murilo Mendes?

Interrogado:- Olha, normalmente o Rogério dizia a mim que ia tratar com o Sergio Mendes e também ia ver se a empresa tinha recurso pra que pudesse ser feito os pagamentos naquelas datas.

(...) (trechos do interrogatório de ALBERTO YOUSSEF, reduzido a termo no evento 849) – grifos nossos.

Ora, ora. Sem mais delongas, é óbvio que, se Rogério “normalmente” dizia a Youssef que iria consultar Sérgio Mendes sobre o pagamento, era porque ele não detinha autonomia alguma para tomar a decisão (!!).

Ademais, Paulo Roberto Costa aduziu, em suas declarações, que seu contato com as empreiteiras se dava apenas “a nível de presidente e diretor das empresas” e não com o pessoal de operação e

⁵ **Juiz Federal:** - E a Mendes Junior? **Interrogado:** - A Mendes Junior eu tratei diretamente com os... no primeiro momento, o senhor José tratou com o senhor Sergio Mendes. E depois quando eu passei a tratar, tratei com o senhor Sergio Mendes e com o senhor **Rogério, que era o diretor da área de Óleo e Gás.** (grifado).

execução⁶. Ao mencionar especificamente a empresa **Mendes Júnior**, referiu-se apenas ao nome de **Sérgio Mendes** como a pessoa com quem ele tratava⁷, sequer ventilando qualquer negociação, operação ou contato com **Rogério Cunha**. Já nesta ação penal, mesmo instado por 05 (cinco) vezes a dizer o nome de outra pessoa que não **Sérgio Mendes** com quem poderia discutir valores ilícitos dentro da Mendes Júnior, ressaltou que nunca discutiu “propina” com **Rogério Cunha**⁸.

É absolutamente imprópria, portanto, a importância dada ao *Parquet* à atuação de Rogério Cunha. A participação do Recorrente nos fatos em apuração se iniciou somente após ele assumir a Diretoria de Óleo e Gás, e ainda assim em questões absolutamente pontuais, sob ordens de superiores, para pagamento de valor específico, relacionado à aprovação de três aditivos (e não contratos iniciais). Jamais negociou com funcionários públicos ou combinou qualquer tipo de vantagem para a empresa.

Consigne-se, por fim, que Rogério Cunha também não auferiu nenhum tipo de vantagem com os fatos investigados. Sua vida financeira sempre foi compatível com o seu salário na empresa, não recebendo nenhum tipo de vantagem para assinar contratos com empresas de Youssef (GFD Investimentos Ltda). Por outro lado, se existente o cartel ou provados benefícios por parte da empreiteira, deles também não participou o Recorrente, por não receber divisão de lucros ou atuar como sócio da empreiteira.

2.2. DA VIDA PROFISSIONAL DE ROGÉRIO CUNHA NA EMPRESA MENDES JÚNIOR ANTES DE ASSUMIR O CARGO DE DIRETOR DE ÓLEO E GÁS. IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO DE FATOS PRETÉRITOS A ESSA DATA (ABRIL/2011). NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA CONDENAÇÃO À SITUAÇÃO DO RECORRENTE. ANÁLISE DA CONDUTA DE ROGÉRIO COM RELAÇÃO A CADA UM DOS CONTRATOS ASSINADOS COM A PETROBRÁS.

Ao condenar o Recorrente Rogério Cunha, o juiz mostrou-se absolutamente alheio à estrutura organizacional da empresa

⁶ Linhas 38/39 da página 5 da transcrição do interrogatório da ação 5026212-82.2014.4.404.7000.

⁷ Linhas 38/43 da página 24 da transcrição do interrogatório da ação 5026212-82.2014.4.404.7000.

⁸ vide trechos já transcritos do interrogatório de Paulo Roberto Costa, em tópico anterior.

Mendes Júnior, bem como às atividades desenvolvidas pelos denunciados em cada cargo e os limites da atuação de cada função setorializada.

Ora, ao partir da premissa de que em todos os contratos firmados com a Petrobrás haveria pagamento de propina, a sentença olvida de demonstrar de forma individualizada como teria ocorrido a suposta prática delitiva em relação a cada licitação vencida pela empresa **Mendes Júnior**, e acaba por imputar indiscriminadamente a corrupção ativa ao Recorrente, sem que ele tenha atuado previamente à assinatura do contrato.

Tal questão se mostra extremamente relevante, no caso do Recorrente. Explica-se:

- (I) Se o magistrado entende que houve corrupção em todos os contratos assinados (REPLAN, REGAP, TABR, COMPERJ, e REPAR), e que a contrapartida dada pelo funcionário público para o recebimento da propina nesses contratos seria justamente o direcionamento da licitação (fomentado pelo cartel), é certo afirmar que tal acordo de corrupção teria ocorrido, necessariamente, antes da assinatura do contrato com a Petrobrás, posto que nesta data já seria finda a licitação supostamente viciada.
- (II) Assim, impossível associar Rogério Cunha aos contratos assinados antes da data em que ele assumiu como Diretor de Óleo e Gás da empresa Mendes Júnior.
- (III) Acrescente-se, ainda: se o magistrado entende que os pagamentos indevidos endereçados a Paulo Roberto Costa, e tratados com as empresas por meio de Alberto Youssef, são considerados crimes de lavagem de dinheiro, e não exaurimento do crime de corrupção, é certo que para condenar Rogério Cunha pelos dois crimes (corrupção e lavagem de dinheiro) ele deveria ter demonstrado, de forma clara e individualizada, quando Rogério participara antes das assinaturas dos contratos, das negociações de corrupção.

Pois bem.

Como exaustivamente demonstrado e comprovado nos autos desta ação penal, dentre o período de **agosto/2003 a dezembro de 2007**, Rogério Cunha trabalhou **exclusivamente** na obra da REFAP (Refinaria Alberto Pasqualini), que não é citada na peça vestibular.

Nessa atividade, Rogério residia na cidade próxima à localização da refinaria (Porto Alegre), e suas funções se relacionavam estritamente à execução da obra em andamento.

Em **dezembro de 2007** a empresa Mendes Júnior convidou o Recorrente para assumir o cargo de Gerente de Projeto da futura obra REPLAN (Refinaria de Paulínea/SP). Na fase de mobilização e detalhamento de engenharia relacionado à obra, o Recorrente passou a residir em São Paulo/SP, mudando-se posteriormente para Campinas, quando se iniciaram as obras de construção das unidades de HDS e uma subestação da REPLAN.

Na REPLAN, a atividades do Recorrente novamente eram afetas à execução da obra, e durante todo o período no qual ali desenvolveu suas atividades (**de janeiro de 2008 a abril de 2011**) não participou de absolutamente nenhuma reunião de direção da empresa (ou seja, que tivesse a presença de presidente, ou vice-presidente, ou diretores estatutários). Nessa obra, sua relação com superiores da Mendes Júnior cingia-se ao diretor da área de negócios de óleo e Gás, **Alberto Elísio Vilaça Gomes**, e o superintendente Operacional, **Cesar Augustus Reis de Souza** (vide Doc. 02, Cronograma n. 1).

Ao tratar das obras da REPLAN, o magistrado *a quo* descreveu como se deu a licitação e a assinatura do contrato, donde se percebe que o nome do Apelante não é mencionado em momento algum:

223. Relativamente às obras na Refinaria de Paulínea REPLAN, em Paulínea/SP, a denúncia reporta-se à contratação da Setal Oleo e Gas S/A (SOG), Mendes Junior Trading e Engenharia S/A e a MPE Montagens e Projetos Especiais S/A, que formaram o Consórcio CMMS, para a execução das Unidades de Hidrodessulfurização de Nafta Craqueada (HDS).

224. No Consórcio CMMS, a participação da Mendes Júnior foi de 46,83%, da MPE, 46,83%, e da Setal, 6,35%.

225. Parte da documentação relativa à essa contratação foi encartada diretamente nos autos, como o contrato celebrado e aditivos (evento 1, out166 a out170).

226. Resumo em tabelas disponibilizadas pela Petrobrás e pelo Tribunal de Contas da União foi juntado aos autos pelo MPF no evento 1, out132, out164 e out165.

227. Outros documentos foram enviados pela Petrobras e encontram-se em mídia eletrônica arquivada em Juízo e que foi disponibilizada às partes (eventos 258, 343, 347, 353, 505 e 511).

228. Para o contrato para a execução das Unidades de Hidrodessulfurização de Nafta Craqueada (HDS), na Refinaria de Paulínea REPLAN, a Gerência de Estimativa de Custos e Prazo da Petrobrás estimou o preço em cerca de R\$ 565.068.845,00, admitindo variação entre o mínimo de R\$ 480.308.518,25 e o máximo de R\$ 678.082.614,00.

229. Oportuno lembrar que a Petrobrás tem como padrão admitir a contratação por preço no máximo 20% superior a sua estimativa e no mínimo 15% inferior a ela. Acima de 20% o preço é considerado excessivo, abaixo de 15% a proposta é considerada inexequível.

230. Foram convidadas dezoito empresas, mas só foram apresentadas três propostas. A menor proposta, do Consórcio CMMS, composto pela Setal, Mendes Júnior e MPE, foi de R\$ 696.910.620,73. Em seguida, nessa ordem, as propostas da UTC Engenharia (R\$ 749.088.478,34) e da Andrade Gutierrez (R\$ 755.041.362,35).

231. Todas as propostas apresentadas superaram o valor máximo aceitável pela Petrobras, o que motivou nova licitação.

232. Optou-se por realizar nova licitação (REBID) para a qual foram convidadas as mesmas quinze empresas.

233. Houve revisão da estimativa de preço para R\$ 593.874.456,00, admitindo variação entre o mínimo de R\$ 504.793.287,60 e o máximo de R\$ 712.649.347,20.

234. Novamente, foram apresentadas somente três propostas. A menor proposta, do Consórcio CMMS, composto pela Setal, Mendes Júnior e MPE, foi de R\$ 696.910.620,73. Em seguida, nessa ordem, as propostas da UTC Engenharia (R\$ 749.088.478,34) e da Andrade Gutierrez (R\$ 755.041.362,35). Manteve-se não só a vencedora, mas a ordem de classificação anterior.

235. Houve, então, negociação da Petrobrás com o Consórcio CMMS que levou à redução da proposta a valor pouco abaixo e, por conseguinte, à celebração do contrato, em 21/12/2007, por R\$ 696.910.620,73, tomando o instrumento o número 0800.0038600.07.2.

236. **Pela Mendes Júnior, assinam o contrato os acusados Sergio Cunha Mendes e Alberto Elísio Vilaça Gomes.**

237. O valor final do contrato ficou cerca de 17% superior ao preço de estimativa da Petrobrás.

Até o ano de 2011, Rogério não tinha contato profissional ou social com Sérgio Mendes, e a respeito das suas atividades na empresa, reportava-se tão somente aos seus superiores diretos, **Alberto Elísio Vilaça Gomes e Cesar Augustus Reis de Souza.**

Importante frisar tal questão porque, na função de *Gerente de Planejamento* e de *Gerente de Contrato* de uma obra em construção, o funcionário tem sua atividade restrita à execução e acompanhamento da respectiva obra. Em outras palavras, não é convidado para reuniões de diretoria, não detém contato com sócios da Mendes Júnior e todo o seu trabalho cinge-se à parte de execução da obra, reportando-se apenas ao Diretor de Óleo e Gás e Superintendente de Obras como seus superiores.

Acrescente-se: o *Gerente de Contrato* e o *Gerente de Planejamento* de uma obra só participa de reuniões com diretores da empresa quando tem que apresentar justificativas sobre cronogramas do andamento da obra.

E mais: tanto tais funcionários têm sua atenção voltada exclusivamente à respectiva obra, que obrigatoriamente têm que residir em seu

entorno, porque devem ter comparecimento diário e contínuo no campo de obras.

Impende frisar, também, que tal função se inicia quando a obra é instaurada, ou seja, **o cargo não detém relação alguma com os momentos que antecedem o início das atividades da obra, quais sejam, os procedimentos licitatórios, reuniões de negociação para preços ou fechamento de contrato.** Tanto que, quando Rogério assumiu atividades na obra da REPLAN, o contrato já estava assinado pelos responsáveis (contrato assinado em 21.12.2007).

Para melhor elucidação do tema, vide o quadro abaixo, que guarda identidade com a declaração firmada pela empresa Mendes Júnior e acostada no **Doc. 01 do Evento 200:**

Funcionário Rogério C. de Oliveira – Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A.				
Período	Obra	Cargo		Lotação
01.08.2003 a 31.12.2007	REFAP - Refinaria Alberto Pasqualini	Gerente de Projeto		Lotação na obra, em Esteio/RS.
01.01.2008 a 31.03.2011	REPLAN - Refinaria de Paulínea/SP	Gerente de Contrato		Lotação na obra, em Paulínea/SP.
01.04.2011 a maio/2015	Área de negócios - Óleo e Gás	Diretor de óleo e Gás		Trabalho nos escritórios da empresa entre Rio de Janeiro e Belo Horizonte.

As informações acima demonstradas restaram robustamente comprovadas nos autos, por diversos meios de prova.

Nesse sentido, além da declaração fornecida pela empresa Mendes Júnior (doc. 01 do evento 200), a qual indica os cargos exercidos e períodos, a defesa colacionou aos autos todas as comunicações de movimentação de profissionais de Rogério Cunha nos períodos mencionados na denúncia.

Tais comunicações, também inseridas no Doc. 01 do evento 200, **indicam a admissão de Rogério à obra da REFAP na data de 15.09.2003, a sua movimentação para a obra da REPLAN em 24.01.2008 e a sua transferência para o cargo de Diretor de óleo e Gás na data de 23.03.2011** (Doc. 01 do evento 200).

Mas não é só. A defesa promoveu a juntada aos autos de dois organogramas de cargos da empresa Mendes Júnior, entre 2009 e

abril/2001, e a partir de abril/2011 (**Doc. 02 do evento 200**). Ali se verifica a absoluta impossibilidade de conceder a Rogério Cunha o título de funcionário de “alto escalão”.

Aliás, quando se compara a função de Rogério Cunha – como gerente de planejamento (REFAP) ou gerente de contrato (REPLAN) – aos cargos relacionados aos engenheiros da Petrobrás, vê-se que nas respectivas atividades Rogério se reportava, na Petrobrás, a pessoas que se encontravam muito abaixo dos diretores e nenhum contato detinha com o alto escalão de Petrobrás.

Para se ter uma ideia do poder (ou falta dele) de um gerente de obra, a instrução comprovou que para os assuntos da obra da REPLAN o Recorrente, como gerente de obra, se reportava em seu cotidiano ao engenheiro da Petrobrás Luiz Garcia (testemunha dos autos), que por sua vez se subordinava, na Petrobrás, ao Luiz Resende⁹, que por sua vez se subordinava a Carlos Alexandre Igreja (também testemunha desses autos), o qual, por sua vez, subordinava-se ao gerente geral da Petrobrás, Sr. Biato¹⁰ (e, depois, Fernando Barros), que por sua vez se subordinava ao Gerente Executivo Pedro Barusco (e, depois, Maurício Guedes¹¹). Acima desses últimos encontrava-se o Diretor Renato Duque.

Vê-se assim, que o gerente de contrato de uma obra de refinaria se reportava ao sexto escalão da Petrobrás. Expostas essas explicações de hierarquia, como um engenheiro de obra de uma empreiteira poderia ter qualquer contato com os diretores como Renato Duque e Paulo Roberto Costa, ainda mais para negociar contratos ou valores irregulares?

No entanto, a despeito das condições acima expostas, o Juízo de piso entendeu por responsabilizar o Apelante pelos crimes de corrupção envolvendo o Consórcio CMMS, considerando sua condição de *gerente de contrato* (e. 1051, item 478):

478. Rogério Cunha Pereira, subordinado a Sergio Cunha Mendes, atuou diretamente na corrupção ativa e na lavagem de dinheiro. O fato de ter atuado em subordinação a Sergio Cunha Mendes não elimina sua responsabilidade criminal. Deve ser excluída sua responsabilidade pelos crimes de corrupção envolvendo o contrato do Consórcio Interpar e o da obra da REGAP pois nessa época ainda não era Diretor de Óleo e Gás da Mendes Junior. **Responde, porém, pelos demais, mesmo do Consórcio CMMS pois era gerente do**

⁹ Testemunha de defesa de Rogério Cunha no processo crime 5012331-04.2015.4.04.7000.

¹⁰ Testemunha de defesa de Renato Duque no processo crime 5012331-04.2015.4.04.7000.

¹¹ Arrolado como Testemunha de defesa de Renato Duque no processo crime 5012331-04.2015.4.04.7000.

contrato e, além, disso participou diretamente dos repasses específicos da propina relativamente a este e os demais contratos.

Ora, ora. O fato de o Recorrente ser o gerente de contrato naquela obra do consórcio CMMS (REPLAN), já deveria, por si só, afastar sua responsabilidade dos fatos: a instrução probatória demonstrou que as questões relacionadas à endereçamento de licitações, combinações de cartel e pagamentos de valores indevidos eram afetas aos cargos mais altos na empresa. Tanto que, Rogério Cunha só foi conhecer Alberto Youssef em 2011, quando teve a infelicidade de assumir o cargo de Diretor de Óleo e Gás da Mendes Júnior.

E, como já delineado acima, a eventual participação do Recorrente no repasse de valores a Alberto Youssef não pode representar a conduta de corrupção, posto que já considerada para a tipificação da lavagem de ativos. Nesse raciocínio, ter-se-ia que comprovar a participação do Recorrente na negociação da corrupção com Paulo Roberto Costa, e não apenas com relação ao repasse para Youssef. Nesse sentido, convém repetir que Paulo Roberto Costa negou, todas as vezes em que foi perguntado, ter tratado do tema com Rogério Cunha, **confirmando que seu contato na empresa Mendes Júnior era tão somente Sérgio Mendes.**

E mais: com relação à REPLAN (Refinaria de Paulínea), o Recorrente só assumiu o cargo de gerente de contrato em 24 de janeiro de 2008 (vide comunicação de movimentação inserida no Doc.01 do evento 200), quando a licitação já estava vencida e o contrato com a Petrobrás assinado desde dezembro de 2007.

Pois bem. Para espancar quaisquer dúvidas de que Rogério tivesse qualquer ingerência nos vários contratos firmados com a Petrobrás, a defesa também acostou aos autos os documentos que informam as aberturas do Projeto TAIC (Terminal Aquaviário de Ilha Comprida e Ilha Redonda); do projeto REPAR (Refinaria Getúlio Vargas); do Projeto TABR (Terminal Aquaviário Barra do Riacho); e do projeto REGAP (Refinaria Gabriel Passos). Cada documento indica as pessoas responsáveis pela sua execução e monitoramento, donde se extrai que em nenhum desses projetos o Recorrente tomou parte da sua constituição, da assinatura do contrato ou da execução propriamente dita **(Doc. 03 do evento 200)**.

Mas não é só. Inúmeros depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa esclareceram as funções e responsabilidades exercidas pelos engenheiros que conduziam a execução de uma refinaria, e indicam que, dentre o período de 2003 a 2007, Rogério encontrava-se lotado na obra da REFAP (que não é referenciada nos autos), e, dentre 2008 a 2011, exercia cargo

de gerente de contrato da obra da REPLAN, nelas comparecendo de forma diária e com dedicação exclusiva.

Nesse sentido:

Testemunha Adalberto Luiz Maddia, Audiência do dia 27.03.15, 14h, evento 665:

(...) **Defesa:** - Especificamente o senhor nesse período, trabalhando na Andrade Gutierrez, o senhor participou ou tinha algum cargo **no contrato da Refap?**

Testemunha:- Sim, em junho de 2003 eu fui, eu fui designado para aquele projeto e trabalhava lá como gerente de QSMS, Qualidade, Segurança, Meio Ambiente e Saúde e Responsabilidade Social.

(...)

Defesa: - Não, mas a pergunta, Adalberto é se além, o senhor falou era gerente de QSMS Qualidade, Segurança, Saúde do Trabalho, enfim, se além dessa gerência o senhor poderia nominar as outras gerências que existiam nesse contrato? Por exigência da Petrobras?

Testemunha:- Posso sim, tinha gerente de engenharia, gerência de suprimentos, gerência de construção, gerência administrativa financeira, gerência de extração de contratos, era em torno de seis gerências, mais o gerente do contrato.

Defesa: - Então, todas essas gerências da mesma forma que a sua obedeciam a critérios técnicos que eram submetidos à apreciação e aprovação da Petrobras?

Testemunha:- Sim. Tinha os anexos contratuais, que especificavam de acordo com cada gerência o tempo de experiência requerido, a experiência na função, a expertise de cada profissional.

Defesa: - O senhor conheceu o senhor Rogério Cunha?

Testemunha:- Sim, Rogério Cunha é, nesse projeto aí era um consórcio, a Andrade Gutierrez Mendes Junior, consórcio denominado AG Mendes, eu era gerente de QSMS, indicado pela Andrade Gutierrez e o Rogério Cunha foi indicado como gerente de planejamento pela Mendes Junior.

Defesa: - O senhor pode precisar o período que o senhor compartilhou da gerência do seu Rogério Cunha?

Testemunha:- Olha, eu fui mobilizado em junho de 2003 e fiquei lá até outubro de 2006, então eu fiquei três anos e uns quatro meses lá. Eu saí, eu fui designado para outro projeto, mais especificamente na PQU em Capuá e o Rogério continuou lá pela Mendes Junior, eu não sei por quanto tempo ele continuou nesse projeto aí, mas eu saí antes do tempo.

(...)

Defesa: - O senhor já afirmou que essas indicações eram aprovadas e convalidadas pela Petrobras, poderia até vetar, que obedecia a critérios técnicos. Como era a sistemática do dia a dia? Os gerentes estavam sempre na obra? Estavam presentes na obra? Existia uma exigência da Petrobras que esses gerentes estivessem na obra? Vocês poderiam se ausentar, por exemplo, simplesmente uma questão de consenso da empresa, sem a participação da Petrobras? Ou vocês numa, fosse se ausentar por um

determinado tempo tinha que comunicar? Como era esse dia a dia, essa relação entre os gerentes e a Petrobras?

Testemunha:- Então, nós estávamos presentes, diariamente. Nós tínhamos uma série de atividades lá, interagindo com a fiscalização do cliente, participando de reuniões, as reuniões internas do próprio consórcio, então era necessária a presença diária desses profissionais. Não obstantemente, se alguém precisasse se ausentar por algum problema, alguma atividade na sede das empresas, isso poderia ocorrer, mas, normalmente, nós trabalhávamos diariamente dentro da refinaria.

(...)

Defesa: - Posteriormente o senhor foi contratado, chegou a ser contratado pela Mendes Junior?

Testemunha:- Sim, eu acho até que pelo sucesso desse empreendimento aí que nós obtivemos aí todas as certificações possíveis, ISO 9001, 14001, OSAS 18000, SA 8000, eu acho que isso teve uma repercussão positiva muito grande, então eu estava sempre recebendo algum convite da Mendes Junior e no final de 2007, eu fui contratado pela Mendes Junior pra ficar na sede da empresa lá.

Defesa: - E posteriormente o senhor chegou a trabalhar aí já, no caso, pela Mendes Junior na Replan?

Testemunha:- Sim, aí no começo de 2008 eu fui transferido para o projeto da Replan. No início nós ficávamos em São Paulo, acompanhando o desenvolvimento de projeto na empresa chamada KTY e nós ficamos em São Paulo capital acompanhando desenvolvimento de projeto. **Em junho de 2008, aí nós fomos para a refinaria.**

Defesa: - Lá na Replan, o senhor voltou a encontrar novamente com o senhor Rogério?

Testemunha:- Sim, aí o Rogério, ele era o gerente de contrato e eu continuei como gerente de QSMS, fui contratado como gerente de QSMS e o Rogério era gerente de contrato.

Defesa: - E na Replan também obedecia àqueles mesmos critérios, as exigências que existiam na Refap?

Testemunha:- Os mesmos critérios, nos anexos contratuais lá tinha o perfil de que cada profissional deveria atender.

Defesa: - E essa gerência, já nesse caso, também o senhor voltou a ocupar uma gerência nesse contrato, nessa obra e também na Replan a gerências estavam ligadas diretamente à obra em si?

Testemunha:- Sim, ligadas à obra em si.

Defesa: - A função de vocês se limitava então à atuação na obra específica que estava, que vocês estavam ocupando o cargo efetivamente.

Testemunha:- Sim, nós não tínhamos nenhuma atividade externa, nossa atividade era concentrada no projeto, até porque era muito trabalho.

Defesa: - Então ali, aí no caso a Mendes Junior exigia uma atividade externa, uma atividade fora do desempenho do cargo naquele contrato especificamente, ou vocês sequer tinham tempo efetivamente para exercer outra função?

Testemunha:- Eventualmente, muito raramente, nós, eu especificamente saía para participar de algum treinamento fora da refinaria, algumas vezes em Belo Horizonte na sede da empresa, mas eram atividades bem rápidas e tão logo terminasse essa atividade aí, normalmente de treinamento, participação de seminários, nós voltávamos para a obra.

(...)

Defesa: - Qual era o cargo do Rogério Cunha na Refap, o senhor se recorda?

Testemunha:- Rogério Cunha era o gerente de planejamento.

Defesa: - Perfeito, o senhor sabe dizer, quais são as atividades específicas de um gerente de planejamento?

Testemunha:- O gerente de planejamento, ele é o profissional que ele dá os rumos para o empreendimento, no início o setor de planejamento, ele identifica, dentro das disciplinas desse projeto, quais são as atividades a serem desenvolvidas, estabelece prazos para execução dessa atividade, de acordo com o cronograma requerido pelo cliente, e em conjunto com os órgãos executores são definidos aí os recursos necessários para que esses prazos sejam cumpridos com relação à mobilização de um efetivo compatível, insumos, equipamentos necessários, então é feito, depois de definido essas atividades, é feito acompanhamento, ou de acordo com a exigência do cliente, semanalmente, mensalmente. Podemos usar normalmente softwares Primavera, MSProject de acordo com o nível de detalhamento de acompanhamento dessas atividades e depois é feita uma EAP, uma Estrutura Analítica de Projeto em conjunto com o cliente para definição do peso dessas atividades, o que elas representam em termos de prazo, o que elas representam em termos de custo, e mensalmente, normalmente mensalmente, são medidos os avanços físicos e financeiros aí das atividades executadas, até para saber se nós estamos dentro do prazo, vamos atingir o objetivo final de cumprir a obra no prazo, é uma atividade muito importante, que dita os rumos do empreendimento.

Defesa: - Podemos afirmar então senhor Adalberto que todas as atividades de um gerente de planejamento ela exige-se a execução da obra, a execução propriamente dita, cronograma, medição, avanço físico, podemos afirmar isso? São relacionadas à execução ou somente execução da obra?

Testemunha:- Não, podemos afirmar que o gerente de planejamento, ele é o responsável pela programação e controle de todas as atividades, a execução cabe ao setores executores, executar as atividades dentro dos prazos estipulados no cronograma elaborado pelo setor de planejamento.

Defesa: - Perfeito, e o gerente planejamento, assim como outras gerências, o senhor que vai me esclarecer, eles teriam que residir ali na região da obra e especificamente em relação ao senhor Rogério, o senhor sabia se ele residia na, em Canoas, na cidade Canoas próximo a obra? O senhor se recorda disso?

Testemunha:- Sim, o senhor Rogério, ele residia em Porto Alegre.

Defesa: - Porto Alegre?

Testemunha:- Os gerentes normalmente moravam em Porto Alegre, que é entorno de, entorno de vinte e cinco quilômetros lá de, lá da refinaria de Canoas, Porto Alegre, nós tínhamos condições melhores de residência.

Defesa: - Então os gerentes que tinham essa atuação, eles teriam que residir na região?

Testemunha:- Sim. Teriam que residir na região até para ter tempo hábil para chegar no horário, no início dos trabalhos e poder voltar para casa e poder descansar e poder estar recuperado para o dia seguinte.

Defesa: - Em relação à Replan o senhor se recorda onde o Rogério Cunha residia? Alguns anos depois quando o senhor teve contato com ele na Replan, na obra da Replan?

Testemunha:- Sim, nós os gerentes, normalmente residia em Campinas que também fica em torno de vinte e dois, vinte e cinco quilômetros da refinaria.

Defesa:- O senhor se recorda se também na obra da Replan ele estava presente todos os dias? Desenvolvendo essas atividades na obra?

Testemunha:- Estava presente, ele era gerente do contrato, a principal autoridade do consórcio dentro do contrato, ele estava lá diariamente.

Testemunha LÍVIA SOUSA SANT'ANA – Evento 759 – Audiência do dia 09.04.2015:

“Defesa:- A senhora conhece o Rogério Cunha?

Depoente:- Sim, conheço.

Defesa:- O Rogério Cunha passou a ser diretor da empresa a partir de quando?

Depoente:- A partir de abril de 2013, de 2011. A partir de abril de 2011.

Defesa:- Ele veio ocupar o cargo que antes era do Alberto Vilaça?

Depoente:- Isso, exatamente.

Defesa:- A senhora conhece o José Humberto Cruvinel?

Depoente:- Sim, conheço.

Defesa:- José Humberto Cruvinel exerceu qual função depois que Rogério virou diretor de óleo e gás?

Depoente:- Ele virou gerente do projeto da REPLAN.

Defesa:- Nessa função de gerente do projeto da REPLAN, ele ficava onde?

Depoente:- Ele ficava em Paulínia, morava na cidade de Capinas e trabalhava dentro da Refinaria em Paulínia.

Defesa:- Anteriormente ao Rogério assumir o cargo de diretor, era ele que exercia essa função? O Rogério Cunha.

Depoente:- Era quem era responsável pela gerência do projeto.

Defesa:- Ele permanecia em Paulínia e morava em Campinas.

Depoente:- Em Campinas. Sim, Rogério quando exercia essa função, trabalhava dentro da Refinaria em Paulínia e morava em Campinas.

(...)

Juiz Federal:- Outros defensores têm indagações?

Defesa:- Excelência, pela defesa do senhor Rogério Cunha. Senhora Lívia, a senhora falou que o senhor Rogério Cunha assumiu a diretoria de óleo e gás a partir de abril de 2011.

Depoente:- 2011.

Defesa:- Isso. A senhora também já afirmou que antes de ele assumir a diretoria ocupava justamente a gerência da REPLAN que o senhor Cruvinel, posteriormente, o substituiu. Sabe precisar, a senhora já falou que foi anterior a 2011, sabe precisar quando ele entrou na REPLAN, o senhor Rogério Cunha, a partir de que ano?

Depoente:- Olha, eu não sou muito boa com datas, Doutor, mas eu imagino que na trajetória do Rogério e deva ter ido para a REPLAN talvez em 2008 por aí.

Defesa:- E antes da REPLAN, a senhora pode precisar?

Depoente:- Ele estava numa obra chamada REFAP.

Defesa:- Pode precisar?

Depoente:- Desde quando ele entrou na companhia.

Defesa:- Qual ano que ele entrou?

Depoente:- 2003, se não me engano.

Defesa:- Então seria...

Depoente:- Realmente a minha memória para datas não é muito boa, não é muito precisa.

Defesa:- Então seria de 2003 a 2007 REFAP, 2008 a 2011 REPLAN?

Depoente:- REPLAN.

Defesa:- A senhora também informou que o senhor Rogério, tem conhecimento que ele residia na REPLAN em Campinas. E na REFAP?

Depoente:- Eu não sei dizer. Eu não sei dizer, eu não estava na companhia naquela época. Eu não sei dizer onde ele residia.

Defesa:- Mas, normalmente, um gerente de contrato de obra...

Depoente:- Possivelmente residia em Porto Alegre.

Defesa:- Reside geralmente na obra?

Depoente:- Na cidade.

Defesa:- Na cidade.

Depoente:- Isso.

Defesa:- Sabe dizer o motivo que o gerente tem que residir na obra?

Depoente:- Sim, a obra, uma obra exige uma presença quase que *full time*. São atividades operacionais, o gerente da obra tem muitas responsabilidades, a obra tem uma dinâmica muito forte, então é muito importante que a gestão dessa obra resida no local. Podem ser chamados em horários de emergência, é muito importante que eles residam no local.

Defesa:- Então nesse período de 2003 a 2011 o senhor Rogério praticamente, as atividades, as funções inerentes ao cargo dele, exigiam sua presença nessas obras?

Depoente:- Isso.

Defesa:- Então a senhora poderia concluir então que o Doutor Rogério não tinha, não tinha atribuições que o levava a, a sede da Mendes Júnior?

Depoente:- Não. Um gerente de um contrato, de um projeto, ele tem atividades dentro daquele projeto. Ele é representado na Mendes Júnior pelo diretor da área dele. Então as atividades do Rogério eram atividades operacionais.

Defesa:- Satisfeito, Excelência.”

Testemunha MARCELO CAETANO DE SOUZA - Evento 786 –
audiência dia 13.04.2015 às 9:30:

“Juiz Federal:- Então passo a palavra à Defesa do Senhor Rogério para perguntas.

Defesa:- Pois não, Excelência. Senhor Marcelo, qual a sua formação profissional?

Depoente:- Eu sou engenheiro eletricitista.

Defesa:- O senhor, onde o senhor trabalha?

Depoente:- Trabalho na Mendes Júnior.

Defesa:- Na Mendes Júnior?

Depoente:- Isso.

Defesa:- O senhor ingressou na Mendes Júnior quando?

Depoente:- Em 2004, agosto de 2004.

Defesa:- Qual a função que o senhor tinha nesse período?

Depoente:- Contratado como engenheiro trainee, numa obra para o qual fui designado.

Defesa:- Qual era a obra especificamente de 2004?

Depoente:- Era na REFAP em Canoas, Rio Grande do Sul.

Defesa:- Rio Grande do Sul. No REFAP o senhor ficou até em que período dessa obra?

Depoente:- Fiquei até 2007 nessa obra. 2006/2007, por aí.

Defesa:- O senhor conheceu nesse período, ou outro período, o Senhor Rogério Cunha?

Depoente:- Eu conheci ele nessa obra.

Defesa:- Na obra em específico. Qual era a função do senhor Rogério nessa obra?

Depoente:- Ele era gerente de planejamento e representante da Mendes no consórcio lá.

Defesa:- Sabe dizer se o Senhor Rogério já residia no Rio Grande do Sul também? Próximo da obra?

Depoente:- Sim. Residia em Porto Alegre, próximo.

Defesa:- O senhor falou que trabalhou como engenheiro em 2004 a 2007 na REFAP. Depois desse período o senhor continuou na Mendes Jr. e trabalhou em que obra especificamente?

Depoente:- Eu fui pra obra de Campinas, na REPLAN.

Defesa:- Na REPLAN?

Depoente:- Isso.

Defesa:- Em que período você ficou na REPLAN?

Depoente:- A gente começou em dezembro de 2007. Eu fiquei lá até, se não me engano, agosto de 2011.

Defesa:- Qual era a função do senhor?

Depoente:- Eu eu era coordenador de planejamento.

Defesa:- O senhor nessa obra também trabalhou com o Senhor Rogério Cunha?

Depoente:- Sim.

Defesa:- Qual era a função do Senhor Rogério Cunha?

Depoente:- Lá ele era gerente de contrato.

Defesa:- E o Senhor Rogério também passou a morar próximo à obra, mais especificamente aonde?

Depoente:- Residia em Campinas.

Defesa:- Residia em Campinas. Depois 2008 o senhor passou a trabalhar...

Depoente:- Aí fui transferido. Essa obra ainda não tinha terminado, mas apareceu outra obra e eu fui pro COMPERJ.

Defesa:- COMPERJ. E o senhor foi para que função?

Depoente:- Gerente de administrador contratual.

Defesa:- O senhor reside também hoje no Rio de Janeiro?

Depoente:- Sim.

Defesa:- O senhor já ocupou o cargo de gerência, não é? Gerência de administração contratual?

Depoente:- Sim.

Defesa:- Foi gerente coordenador de planejamento no REPLAN, trabalhou como engenheiro na REFAP, o senhor sabe dizer como é o dia-

a-dia de um gerente? Tem que estar diretamente na obra ou o senhor normalmente visita aqui a sede da Mendes Júnior? Tem funções aqui na Mendes Júnior? Ou pras funções que o senhor ocupou, pras funções específica hoje, o senhor está diretamente vinculado a obra e suas funções são dirigidas àquela obra?

Depoente:- Sim. A gente, basicamente fica durante todo período na obra. Aqui na sede, poucas vezes vim aqui durante essa última obra, uma vez ou outra. Mas a função de gerente basicamente fica alocado a obra. Você tem que estar presente, você tem fiscalização diária.

Defesa:- O gerente visita outras obras ou está em contato com outras obras?

Depoente:- Não. Muito pouco. Quase não existe esse contato. Basicamente você é designado enquanto aquela obra dura ou não tem outro local pra você ir. Fica diretamente alocado lá.

Defesa:- Tem contato com o setor comercial da empresa?

Depoente:- Não.

Defesa:- Com as diretorias ou vice-presidentes?

Depoente:- Não. Não tenho.

(...)”

FERNANDO ARAÚJO LAUDARES (EVENTO 691)

Defesa:- Sim, Excelência. Boa tarde, senhor Fernando. Eu falo pela defesa do senhor Rogério Cunha. O senhor conhece o senhor Rogério Cunha?

Testemunha:- Sim, eu conheço Rogério Cunha desde 2004, quando fui contratado pela Mendes Junior.

Defesa:- O senhor falou do ano 2004, o senhor teve contato com ele em alguma obra nesse ano?

Testemunha:- Sim. Quando eu fui contratado, fui contratado como engenheiro trainee e o senhor Rogério era gerente de planejamento da obra.

Defesa:- Qual obra?

Testemunha:- Era obra de ampliação do offsite da REFAP Canoas.

Defesa:- O senhor se lembra o período? O senhor falou 2004, até quando ele ficou nessa obra? O senhor se recorda?

Testemunha:- Eu fiquei até o fim e ele ficou, ficou praticamente até o fim também, até 2007. Eu fiquei entre 2004 e 2007, quando eu cheguei, ele já estava lá, como gerente de planejamento.

Defesa:- Certo. Esse período de 2004 a 2007 ele era gerente de planejamento, e o senhor sabe dizer quais eram as funções de um gerente de planejamento?

Testemunha:- O gerente de planejamento, ele é responsável pela, pela programação de serviço, de execução da obra, ele é que dá a sequência do cronograma, quais serviços serão executados em que época, responsável pela medição da execução desse serviço, afirmar com a Petrobras se esse serviço será executado ou não, responsável pela emissão de relatórios de andamento do serviço, esse tipo de atividade.

Defesa:- E esse cargo, ele tinha que ter dedicação exclusiva à obra?

Testemunha:- Sim, dedicação exclusiva. Permanecia, como o exemplo que eu falei do Cruvinel é que ele trabalhava a semana toda durante todo o expediente normal de trabalho.

Defesa:- Tem que residir também próximo à obra?

Testemunha:-Sim, reside, reside próximo da obra. O Rogério residia em Porto Alegre, que é o mesmo caso de Campinas pra, pra Paulínia. Canoas é região metropolitana de Porto Alegre, então ele residia em Porto Alegre que também, a exemplo de Campinas, é uma cidade mais estruturada, uma cidade que tem uma condição melhor pra se viver.

Defesa:-O senhor falou também que já atuou na obra da REPLAN, o senhor se recorda do Rogério Cunha nesse período?

Testemunha:-Sim, o Rogério Cunha era gerente do contrato antes da vinda do Doutor Cruvinel. Rogério Cunha foi gerente do contrato desde o começo de 2008, o contrato foi assinado no fim de dezembro de 2007 Ele ficou do começo, janeiro de 2008 até a saída dele. Depois assumiu a diretoria e veio o Cruvinel pra assumir a posição de gerente do contrato, em 2011.

Defesa:-Perfeito. E o gerente de contrato de uma obra também tem que dar atenção exclusiva, dedicação exclusiva a essa obra?

Testemunha:-Correto.

Defesa: -Teria que estar lá todos os dias?

Testemunha:-Correto. Gerente de contrato dá as, dá expediente normal. O contrato ele é dedicação exclusiva pra aquela obra, residente na obra né. Permanecia o tempo todo lá, de segunda a sexta, o tempo inteiro, o tempo que precisasse, tava lá.

Defesa:-Nesse caso o Rogério também residia nas proximidades, nessa época da REPLAN?

Testemunha:-Sim, o Rogério sempre, sempre residiu perto da execução da obra. Ele residia em Campinas né.

Defesa:-Também em Campinas. Perfeito. Sem mais perguntas.

(...)

E para que não se diga que os cargos de gerentes de contrato ou de planejamento poderiam ter qualquer função externa àquelas restritas ao andamento da obra, a defesa requereu, como diligência inicial, que se oficiasse à Petrobrás para trazer os registros de entrada e saída de Rogério Cunha nas obras da REFAP e REPLAN.

Em resposta, a Petrobrás demonstrou, nos eventos 430 (OUT02) e 790 (OUT02 e OUT03), que o acesso de Rogério Cunha à obra da REFAP (Refinaria Alberto Pasqualini) era diário, diuturno e contínuo.

E da mesma forma eram os acessos de Rogério na obra da REPLAN quando gerente de obra, de janeiro de 2008 a abril de 2011 (evento 430, OUT 03).

Não pode passar despercebido que, após assumir o cargo de Diretor de Óleo e Gás, o Recorrente continuou a comparecer à obra da REPLAN, mas desta vez de forma esparsa, descontínua e por menos tempo de visita. Tal fato se dá porque, naquele cargo, a partir de 2011, Rogério passava

a visitar o andamento de outras obras da empresa, além de participar de reuniões na sede e desenvolver diversas outras funções.

Vê-se, pois, que não cabia ao Recorrente, como gerente de Planejamento ou de Contrato afeto às questões específicas das obras em execução (REFAP e REPLAN) e sem relacionamento com a diretoria estratégica da empresa, ter contato com pessoas estranhas àquela execução, tais como Alberto Youssef.

Impossível endereçá-lo, portanto, as imputações de corrupção com relação a entrega de valores indevidos para fechamento de tais contratos, mormente aquelas supostamente ocorridas antes de 2011.

Quanto ao Projeto TABR, do mesmo modo que no contrato da REPLAN, também não houve nenhuma participação do Apelante na etapa licitatória e nem na assinatura do contrato, conforme se depreende da sentença (e. 1051):

275. Reporta-se a denúncia ainda ao contrato obtido pela Mendes Junior Trading e Engenharia S/A junto à Petrobrás, para fornecimento de materiais e serviços de elaboração de projeto de detalhamento e de execução da construção civil do pier do novo Terminal Aquaviário de Barra do Riacho (TABR), no Município de Aracruz/ES.

276. Parte da documentação relativa à essa contratação foi encartada diretamente nos autos, como o contrato (evento 258, comp5).

277. Outros documentos foram enviados pela Petrobras e encontram-se em mídia eletrônica arquivada em Juízo e que foi disponibilizada às partes (eventos 258, 343, 347, 353, 505 e especialmente no evento 511).

278. Resumo em tabelas disponibilizadas pela Petrobrás e pelo Tribunal de Contas da União foi juntado aos autos pelo MPF no evento 1, out132, out164 e out165.

279. Para o contrato em questão, a Gerência de Estimativa de Custos e Prazo da Petrobrás estimou o preço em cerca de R\$ 536.809.380,41, admitindo variação entre o mínimo de R\$ 456.287.973,35 e o máximo de R\$ 644.171.256,49.

280. Oportuno lembrar que a Petrobrás tem como padrão admitir a contratação por preço no máximo 20% superior a sua estimativa e no mínimo 15% inferior a ela. Acima de 20% o preço é considerado excessivo, abaixo de 15% a proposta é considerada inexecutável.

281. Foram convidadas dezessete empresas, mas foram apresentadas sete propostas. A menor proposta, da Mendes Júnior, foi de R\$ 493.561.194,26. Em seguida, nessa ordem, as propostas do Consórcio Galvão/Alusa/Tomé (R\$ 551.845.439,47), da Setal Óleo e Gás (R\$ 642.287.864,10), da UTC Engenharia (R\$ 647.900.000,00), do Consórcio CNO/Engevix (R\$ 654.008.842,88), do Consórcio GDK/OAS (R\$ 662.533.173,51) e do Consórcio Queiroz Galvão/IESA (R\$ 682.156.032,13).

282. Houve, então, negociação da Petrobrás com a Mendes Junior, mas não se logrou redução do preço, sendo, por conseguinte, celebrado o contrato, em 08/09/2008, por R\$ 493.561.194,26, tomando o instrumento o número 0802.0045377.08.2.

283. **Pela Mendes Júnior, assinou, como Diretor, Ângelo Alves Mendes.**

Aliás, quando ao referido contrato (TABR), registre-se que, tanto na data de participação da empresa Mendes Júnior na licitação, quanto na data de assinatura do contrato, que antecederam a abertura do projeto (que se deu em 04 de novembro de 2008), Rogério Cunha encontrava-se lotado na obra da REPLAN, como engenheiro de obra, conforme exaustivamente comprovado acima. **Assim, impossível conhecer sobre o que era acordado ou negociado nas propostas e na elaboração do contrato TABR.**

Com relação ao contrato da COMPERJ, **depreende-se da sentença (e. 1051) ter sido o único efetivamente assinado pelo Apelante.** Não obstante, sua participação na elaboração da proposta da COMPERJ (Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro) foi mínima, considerando que, ao assumir a Diretoria de Óleo e Gás da Mendes Júnior (em abril de 2011), já estava em andamento (e praticamente finalizada) a proposta orçamentária encaminhada à Petrobrás no mês seguinte, maio de 2011.

Assim, apenas por figurar como Diretor Operacional de Óleo e Gás (a partir de abril/2011), e mediante procuração assinada por Ângelo Mendes dando-lhe poderes específicos, Rogério Cunha subscreveu o Contrato da COMPERJ.

Por outro lado, é a própria sentença quem afirma não poder atestar a existência de direcionamento na contratação para a COMPERJ:

239. Relativamente às obras no Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro COMPERJ, a denúncia reporta-se à contratação da Mendes Júnior, Construtora Norberto Odebrecht e UTC Engenharia, que formaram, com partes praticamente iguais (a Mendes e a UTC, cada uma com 33%, a Odebrecht, com 34%), o Consórcio PPR, para construção do EPC do pipe rack da Unidade U.6100.

240. Parte da documentação relativa à essa contratação foi encartada diretamente nos autos, como o contrato celebrado (evento 258, comp4).

241. Resumo em tabelas disponibilizadas pela Petrobrás e pelo Tribunal de Contas da União foi juntado aos autos pelo MPF no evento 1, out132, out164 e out165.

242. Outros documentos foram enviados pela Petrobras e encontram-se em mídia eletrônica arquivada em Juízo e que foi disponibilizada às partes (eventos 258, 343, 347, 353, 505 e 511).

243. Segundo a denúncia, houve contratação direta sem licitação, o que demonstraria o favorecimento indevido do Consórcio composto, entre outras empresas, pela Mendes Júnior.

244. Entretanto, necessário destacar que a contratação direta foi precedida por licitação frustrada por preços excessivos apresentados pelos proponentes como se verifica nos documentos acostados no evento 511, especialmente o "Relatório da Comissão de Negociação ao Gerente da Engenharia/IECOMPERJ/IESTC" (arquivo "relatório da comissão de negociação.pdf").

245. Assim, não se pode afirmar, como faz a denúncia, que houve direcionamento da contratação, por ter sido convidada apenas um Consórcio para a contratação.

246. Caberia, assim como foi feito em relação às obras na REPAR e na REPLAN, examinar o prévio procedimento licitatório, ainda que frustrado, para verificar se há prova de cartel e de ajuste fraudulento de licitações.

247. Entretanto, como esses fatos atinentes ao procedimento licitatório não foram narrados na denúncia, não reputo apropriado fazê-lo.

248. Limite-me, portanto, aos fatos atinentes à contratação direta.

249. Para o contrato para a execução do pipe rack do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro/R, a Gerência de Estimativa de Custos e Prazo da Petrobrás estimou o preço em cerca de R\$ 1.614.449.175,00, admitindo variação entre o mínimo de R\$ 1.372.281.798,84 e o máximo de R\$ 1.937.339.010,12.

250. A estimativa foi posteriormente revista para R\$ 1.655.878.443,59, admitindo variação entre o mínimo de R\$ 1.407.496.677,05 e o máximo de R\$ 1.987.054.132,31.

251. Oportuno lembrar que a Petrobrás tem como padrão admitir a contratação por preço no máximo 20% superior a sua estimativa e no mínimo 15% inferior a ela. Acima de 20% o preço é considerado excessivo, abaixo de 15% a proposta é considerada inexequível.

252. A proposta originária apresentada pelo Consórcio PPR tinha o valor de R\$ 1.969.317.341,00.

253. Houve, então, negociação da Petrobrás com o Consórcio PPR que levou à redução da proposta a valor pouco abaixo e, por conseguinte, à celebração do contrato, em 05/09/2011, por R\$ 1.869.624.800,00, tomando o instrumento o número 0858.0069023.11.2.

254. Representam a Mendes Júnior no contrato o Diretor da Área de Negócios Óleo e Gás, o ora acusado Rogério Cunha de Oliveira, e o Diretor de Engenharia, Victorio Duque Semionato.

255. O valor final do contrato ficou cerca de 12% superior ao preço de estimativa da Petrobrás.

256. O contrato ainda sofreu um aditivo, com acréscimo de valor, mas datado de 01/07/2013, quando Paulo Roberto Costa não mais ocupava a Diretoria de Abastecimento da Petrobrás.

Ademais, o acordo operacional do Consórcio Pipe Rack (COMPERJ), o instrumento particular e os aditivos do Consórcio, firmados entre as empresas Odebrecht, Mendes Júnior e UTC Engenharia não contaram com a assinatura do Recorrente, já que a empresa se vê representada, em tais contratos, por diretores estatutários.

E mais: o próprio delator Alberto Youssef atestou, no evento 849 destes autos, **que a suposta propina paga em relação ao contrato Pipe Rack não teria sido oriunda da Mendes Júnior**, mas sim da empresa *Odebrecht*. Tal prova não pode ser desconsiderada nesses autos, sob pena de haver dupla imputação, em feitos diferentes, sobre o mesmo fato:

Juiz Federal:- Depois um outro caso aqui do consórcio PPR, obras relativas ao Comperj, construção do EPC do Pipe Rack no Comperj, consórcio PPR, Norberto Odebrecht, Mendes Junior e UTC. O senhor até mencionou esse contrato anteriormente, salvo engano, Pipe Rack, houve aqui pagamento de propina?

Interrogado:- Houve.

Juiz Federal:- O senhor participou da negociação?

Interrogado:- Participei.

Juiz Federal:- Com quem foi negociado esse caso?

Interrogado:- O Marcio Faria negociou diretamente com o doutor Paulo Roberto Costa... Era pra ser pago 18 milhões e pouco, ele pediu que fosse reduzido e foi pago 15 milhões.

Juiz Federal:- Dessa negociação participou também a Mendes Júnior?

Interrogado:- Não.

Juiz Federal:- O senhor não conversou com ninguém da Mendes Junior a respeito dessa propina nesse caso?

Interrogado:- Não.

O mesmo assunto foi confirmado na delação de Ricardo Pessoa, nos autos do Processo n.º 5036528-23.2015.4.04.7000, aduzindo, desta feita, **que desconhecia pagamentos indevidos com relação à referida obra Pipe Rack (COMPERJ)**. Registre-se que a obra da *Pipe Rack* foi a única do COMPERJ que teve a participação da empresa Mendes Júnior, a qual, assim como a UTC, não era líder do contrato:

(...)

Ministério Público Federal:- Perfeito. Com relação ao consórcio TUC da COMPERJ.

Depoente:- O consórcio TUC da COMPERJ é uma história um pouco mais longa...

Ministério Público Federal:- Pode contar.

Depoente:- Mas também houve pagamento de propina, nesse caso nós ficamos encarregados de pagar a diretoria de serviços, senhor João Vaccari e ao Barusco, nós fizemos esse pagamento, isso consta do meu termo de colaboração. A diretoria de abastecimento não ficou ao nosso cargo e ficou a cargo do Márcio resolver o que fazer.

Ministério Público Federal:- Essa negociação de pagamento de propina, enfim, eu vou repetir, mas ela foi pactuada entre todos os participantes?

Depoente:- Sim. Até porque o custo era do consórcio.

Ministério Público Federal:- Com relação ao Consórcio Pipe Rack?

Depoente:- Também, mas no caso do Pipe Rack eu não sei lhe informar, mas, na minha opinião, não houve pagamento de propina porque já estava fora do prazo, e já não estava mais lá, nem o diretor, nem o Barusco, nem o diretor Duque, eu acho que quando a gente começou essa obra eles já tinham saído ou estavam saindo, uma coisa assim, eu não me recordo, nem tenho controle de nenhum pagamento de propina no Pipe Rack, se tiver eu posso lhe informar.

E mais: na mesma audiência, Ricardo Pessoa esclareceu que essa obra do COMPERJ foi a última da qual o suposto “clube” de empreiteiras teria atuado discutindo prioridades das empresas em obras:

(...)

Juiz Federal:- O senhor mencionou também o consórcio Pipe Rack, essa foi uma obra definida, houve definição de prioridade pra UTC e para o consórcio para essa obra?

Depoente:- Foi a última que houve prioridade.

Juiz Federal:- Qual foi o período aproximadamente de duração dessas definições de prioridade entre as empreiteiras?

Depoente:- De 2006 a 2012, 2011.

Juiz Federal:- Esse do Pipe Rack o senhor já respondeu, o senhor não se recorda se houve pagamento de valores, pelo que o senhor disse o senhor...

Depoente:- Não.

Juiz Federal:- Não?

Depoente:- Não me recordo.

Juiz Federal:- Não teria havido, pelo que o senhor se recorda?

Depoente:- Exatamente.

Em outra audiência, desta vez na ação penal n.º 5036518-76.2015.4.04.7000, relativa à Andrade Gutierrez, o mesmo delator Ricardo Pessoa repete a inexistência de pagamento de propina no consórcio Pipe Rack – COMPERJ tratado aqui nestes autos e, mais uma vez, frisa que a obra do COMPERJ teria sido a última discutida em sede do suposto cartel:

(...)

Defesa:- Perfeito. O senhor também afirmou na audiência anterior, aqui não repetiu, que no Pipe Rack do COMPERJ não houve propina?

Depoente:- Não.

(...)

Juiz Federal:- Até quando essa prática das empresas fazerem esses pactos de não agressão perdurou aproximadamente?

Depoente:- 2011... 2011, no máximo. 2012 eu acho que não tinha mais.

Por tudo isso se mostra absolutamente indevida a responsabilização indiscriminada de Rogério Cunha pelo crime de corrupção com relação à obra do COMPERJ:

Primeiro, o próprio Alberto Youssef informou que a propina com relação a esse contrato teria sido paga pela Odebrecht, e não Mendes Júnior ou UTC;

Segundo, o delator Ricardo Pessoa, da outra empresa consorciada (UTC) na mesma obra, informou desconhecer propina naquele contrato (donde se conclui que a Mendes Júnior também desconhecia);

Terceiro, como confessado por Ricardo Pessoa, o Pipe Rack do COMPERJ teria sido a última obra na qual se teria discutido prioridades no suposto Clube de empreiteiras, ou seja, se quando Rogério Cunha assumiu a Diretoria de Óleo e Gás, em abril de 2011, aquela obra já se encontrava em fase de licitação e apresentação de propostas, não poderia Rogério conhecer ou atuar em supostos fatos pretéritos relacionados à suposta combinação de prioridades. Como é óbvio, as negociações de prioridade em obras antecedem, necessariamente, a abertura das licitações.

Pois bem. Não bastasse toda a situação já descrita, o depoimento de Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, dirigente da Setal Óleo e Gás S/A, embora afirme pela participação da empresa Mendes Júnior em cartel e direcionamento das licitações, afasta a participação do Apelante no cometimento de tais crimes, esclarecendo que (I) o executivo que representava a Mendes Júnior nas reuniões era Alberto Vilaça, e não o Apelante; e (II) em 2011, ano em que o Apelante assumiu o cargo de Diretor de Óleo e Gás, o suposto cartel já teria perdido a sua eficácia.

314. Augusto Ribeiro de Mendonça Neto é dirigente da Setal Oleo e Gas S/A (SOG), uma das empreiteiras envolvidas no esquema criminoso. A Setal participou com a Mendes Júnior no Consórcio Interpar e no Consórcio CMMS. Foi processado por crimes de corrupção e lavagem de dinheiro na ação penal 501233104.2015.4.04.7000, sendo condenado criminalmente. Ele celebrou acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal (item 165).

315. Ouvido neste feito como testemunha (evento 390), admitiu, em síntese, a existência do cartel, os ajustes para frustrar as licitações e o pagamento de propinas a agentes da Petrobrás. O cartel teria funcionado de forma mais efetiva a partir de 2004 ou 2005, já que teria havido concomitantemente a cooptação dos Diretores da Petrobrás para que não atrapalhassem o seu funcionamento. A

partir das licitações das obras do COMPERJ, por volta de 2011, o cartel teria perdido sua eficácia porque a Petrobrás teria começado a convidar outras empresas, dificultando os ajustes.

(...)

319. No trecho seguinte, confirma o pagamento de propinas aos Diretores da Petrobrás, o funcionamento do cartel nas licitações da REPAR, REPLAN e Comperj e que **a Mendes Júnior, nas reuniões do cartel, era representada pelo acusado Alberto Elísio Vilaça Gomes:**

(...)

"Ministério Público Federal: Quem eram os executivos que representavam nessas reuniões do grupo a empreiteira Mendes Júnior?

Augusto: Era o Vilaça.

Ministério Público Federal: Vilaça?

Augusto: Beto Vilaça."

(...)

322. No trecho seguinte reafirmou de maneira mais clara que o Consórcio Interpar e o Consórcio CMMS obtiveram os contratos com a Petrobrás através do cartel e do ajuste fraudulento de licitações:

(...)

"Juiz Federal: Eu perguntei, considerando o objeto aqui dos autos, da INTERPAR, o senhor mencionou, salvo engano, que o senhor discutiu essa questão da propina com o senhor Alberto Vilaça é isso?

Augusto: Sim senhor.

Juiz Federal: Discutiu com mais alguém da Mendes Júnior?

Augusto: Não senhor.

Juiz Federal:O senhor mencionou que o senhor Alberto Vilaça participava das reuniões lá do clube. Mas depois na pergunta do Defensor o senhor não se recordava se o havia encontrado em alguma das quatro ou cinco reuniões que o senhor teria participado. Por que o senhor afirma então que o senhor Alberto Vilaça era quem representava a Mendes Júnior nessas reuniões? Qual que é a sua fonte de conhecimento?

Augusto:O nosso diretor comercial frequentou várias reuniões onde o Alberto Vilaça participou.

Juiz Federal:Ele afirmou isso para o senhor?

Augusto:Sim senhor.

Juiz Federal:O senhor discutiu fora do âmbito dessas reuniões sobre essa, sobre o clube? Sobre esses ajustes de licitação com pessoas da Mendes Júnior?

Augusto:Fora das reuniões?

Juiz Federal:Isso.

Augusto:Somente com o Alberto Vilaça.

Juiz Federal:Mas o senhor conversou com ele diretamente sobre esse assunto?

Augusto:Sim senhor.

Juiz Federal:Mesmo fora de reunião?

Augusto:Sim senhor.

Juiz Federal:O senhor pode me descrever as circunstâncias?

Augusto:Bem, o nosso próprio contrato que nós estamos falando da REPAR e REPLAN foram discutidos no âmbito do clube.

Juiz Federal:O senhor falou com ele uma vez, duas vezes, mais de uma vez sobre esse ajuste então no âmbito desse Consórcio da INTERPAR?

Augusto:Algumas vezes.

Juiz Federal:O senhor se recorda quem deu cobertura para o consórcio nessa licitação da REPAR?

Augusto:Não me recordo de cabeça.

Juiz Federal:O senhor mencionou que esses ajustes do clube levavam a não concorrência. Mas aí eu queria um esclarecimento do senhor. Não concorrência no sentido de não apresentar proposta ou apresentar proposta com preço superior àquele que o vencedor ia oferecer?

Augusto:Apresentar proposta com preço superior.

Juiz Federal:Eram basicamente esses os esclarecimentos do Juízo. Sobre essa questão do ajuste no âmbito da INTERPAR, o senhor só tratou isso na Mendes Júnior com o senhor Alberto Vilaça ou tratou com mais alguém?

Augusto:Não, só com ele.

Juiz Federal:O senhor sabe se ele agia por conta dele ou se ele agia subordinado a alguém nessas tratativas?

Augusto:Não sei responder senhor."

Dessa forma, a condenação de Rogério Cunha pelo crime de corrupção ativa com relação a cada um dos contratos deve ser reapreciada, seja porque (I) ele não poderia atuar em direcionamento de licitações ou em acordos com Paulo Roberto Costa antes de 2011 (quando trabalhava exclusivamente nas obras e não exercia cargo de direção), seja porque (II) até mesmo com relação ao contrato que assina logo após assumir essa função (COMPERJ), não haveria correlação com o suposto esquema de cartelização de empresas, ou, por fim, (III) porque o próprio Paulo Roberto Costa o isenta de participação na corrupção, aduzindo expressamente que só tratou do assunto, na Mendes Júnior, com o sócio Sérgio Mendes.

Passa-se, pois, aos argumentos jurídicos.

EM PRELIMINAR

03. DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO PARA O PROCESSAMENTO DO FEITO. MATÉRIA QUE PODE SER ANALISADA A QUALQUER TEMPO.

Em sua resposta à acusação e em suas alegações finais, a Defesa do Requerente pleiteou pelo reconhecimento da incompetência absoluta do Juízo da 13ª Vara Federal do Paraná, com fundamento em três motivos: (I) a origem primeira de toda a investigação nasce de procedimentos nos quais se evidenciou a manipulação de competência; (II) a origem imediata do processo remonta a investigação conduzida de pessoa detentora de

prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal; (III) o conteúdo das declarações prestadas pelo réu **Alberto Youssef** nos depoimentos disponibilizados à defesa nestes autos evidenciaram manipulação de competência para que a tramitação do feito permaneça em primeiro grau.

Ocorre que o magistrado sentenciante, ao tratar de sua competência, limitou-se a transcrever as ementas das exceções de competência contra o Juízo veiculadas pelos outros réus desta Ação Penal (e. 1051, itens 59 e 63), sem discorrer nenhuma linha acerca dos motivos supracitados, que foram aduzidos dentro da própria ação principal.

Saliente-se que, por se tratar de incompetência absoluta do Juízo, que é matéria de ordem pública, é admissível que a sua arguição se dê a qualquer tempo, no próprio caderno processual.

Como já se aduziu, no que diz respeito ao primeiro ponto (I), tem-se que a distribuição por prevenção do inquérito n°. 2006.70.00.018662-8 (relativo a José Janene) aos autos da delação premiada n°. 2004.70.00.002414-0 (relativa a Alberto Youssef e já arquivada) teve como objetivo tão-somente evitar a redistribuição do processo relativo ao ex-deputado **José Janene** ao Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná, nos termos da Resolução n°. 42/2006, da Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Além disso, a própria tramitação do inquérito relativo a José Janene em primeiro grau é controversa, uma vez que referente ao período no qual o investigado ostentava prerrogativa de foro perante o STF.

Assim procedendo, houve manipulação da competência do inquérito que investigava a conduta de José Janene, inquérito este que, posteriormente, veio a dar origem aos diversos procedimentos que, por sua vez, culminaram na Operação Lava Jato. Logo, tendo esta operação derivado de processo maculado por nulidade insuperável, apresenta-se também contaminada.

Quanto ao segundo ponto suscitado, (II) avançando na linha temporal destas investigações, e já como desdobramento do inquérito maculado relativo a Janene, passou-se a investigar a atuação de Alberto Youssef como doleiro (autos n°. 5049557-14.2013.404.7000). No bojo destas investigações, surgiram indícios relativos a delitos em tese praticados pelo então Deputado Federal André Vargas, fato este que por si só já ensejaria a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal.

Contudo, ao constatar a presença de investigado com prerrogativa de foro perante o STF, o Juízo *a quo* não remeteu os autos ao Tribunal competente. Antes, optou por cindi-los e remeter apenas a parcela da investigação que reputou conexa com o referido investigado, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal para decidir sobre o desmembramento da ação penal. Sobre este assunto, o STF possui reiterada jurisprudência, conforme se depreende do seguinte trecho do voto do Min. Teori Zavaski na Rcl 23457/PR:

“Enfatiza-se que, segundo reiterada jurisprudência desta Corte, cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal, e não a qualquer outro juízo, decidir sobre a cisão de investigações envolvendo autoridade com prerrogativa de foro na Corte, promovendo, ele próprio, deliberação a respeito do cabimento e dos contornos do referido desmembramento (Rcl 1121, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2000, DJ 16-06-2000 PP-00032 EMENT VOL-01995-01 PP-00033; Rcl 7913 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2011, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00066). No caso em exame, não tendo havido prévia decisão desta Corte sobre a cisão ou não da investigação ou da ação relativamente aos fatos indicados, envolvendo autoridades com prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal, fica delineada, nesse juízo de cognição sumária, quando menos, a concreta probabilidade de violação da competência prevista no art. 102, I, b, da Constituição da República”.

Por fim, quanto ao terceiro ponto (III), observa-se que, ainda que os demais argumentos fossem superados para se entender a competência do Juízo de primeiro grau, o que se tem verificado é a manipulação do conteúdo das declarações prestadas pelos investigados com o objetivo de prevenir incompetência superveniente.

Nesse sentido, extrai-se do depoimento de Alberto Youssef, prestado no bojo da ação nº. 5026212-82.2014.404.7000 que **o Juízo impediu a nomeação de agentes políticos** com o objetivo de não ensejar o deslocamento de competência¹².

¹² “Juiz Federal – Senhor Alberto Youssef, o que interessa especificamente em relação a esse processo específico, segundo o Ministério Público Federal haveria um esquema de desvio de valores em contratos celebrados com a Petrobrás por empreiteiras e, segundo aqui acusação do Ministério Público, o senhor estaria envolvido na distribuição destes valores. **Então nós vamos ouvir o senhor especificamente sobre essas questões. A mesma advertência que eu fiz ao senhor Paulo Roberto Costa aqui também é válida, existem... se eventualmente existirem aqui autoridades sujeitas ao foro privilegiado, junto ao Supremo Tribunal Federal, isso é competência do Supremo Tribunal Federal. Então, até em respeito à Corte, nós não vamos identificar essas pessoas nesse presente depoimento. Então, se o senhor for se reportar a alguma coisa dessa espécie, peço que o senhor diga ‘agentes políticos’, ‘agentes públicos’ ou coisa da espécie.** No momento oportuno, quando o Supremo Tribunal decidir que é o caso, isso vai vir a público, não há nenhuma intenção de ocultar esses fatos, apenas que isso seja decidido oportunamente pelo Supremo, no momento apropriado. O senhor compreendeu?

Interrogado: - sim, senhor.

(...)

É evidente, portanto, o manejo da prova produzida de forma a impedir o processamento do feito pelo Juiz Natural da causa, que é o Supremo Tribunal Federal. E esse e. Tribunal, ao revisar a matéria em sede de Apelação, não pode corroborar com tal tipo de ilegalidade.

Mas não é só. Além de todos esses argumentos, que denotaram a incompetência absoluta do Juízo *a quo* para análise do feito, sabe-se também que (IV) os fatos narrados na peça vestibular não ocorreram no Estado do Paraná e, mesmo que assim não fosse, não se submeteram ao sorteio legalmente definido entre as varas judiciais desta Seção Judiciária do Paraná ou perante a Subseção de Curitiba (incompetência relativa).

Na sentença, o Juízo *a quo* defendeu sua competência territorial para julgar o feito aduzindo o seguinte:

“67. Isso sem olvidar que, apesar da insistência das Defesas de que nenhum ato ocorreu em Curitiba, parte dos recursos criminosos lavados e utilizados para pagamento de propina veio de contratos e obras do Consórcio Interpar, do qual a Mendes Júnior fazia parte, com a Petrobrás na Refinaria Presidente Getúlio Vargas REPAR, região metropolitana de Curitiba. Também há referência a atos de lavagem específicos, com aquisições e investimentos imobiliários efetuados com recursos criminosos em Curitiba e Londrina/PR”.

Ora, da própria descrição contida na acusação, percebe-se a fragilidade do argumento invocado em sentença.

Interrogado: - não, vou explicar novamente, doutor, para que o senhor entenda. Nesses valores que a Sanko Sider repassou tanto para MP quanto para GFD, parte era comissionamento da venda de tubos e realmente que ele me devia, de comissionamento na venda de tubos. Parte era valores que a Camargo Correia passou a maior para que ele pudesse me repassar, correto? Para que eu pudesse pagar os agentes públicos, Paulo Roberto Costa e assim por diante.

Defesa de Márcio e Murilo: - Quem é assim por diante?

Juiz Federal: - **Doutor, aí entramos naquela questão.**

Defesa de Márcio e Murilo: - Não, excelência, então a gente vai ter que ver como é que vai ficar essa situação porque nós estamos aqui cindindo a prova, escolhendo que tipo de prova beneficia um ou beneficia outro.

Juiz Federal: - **Seu cliente é agente político, doutor, agente público?**

Defesa de Márcio e Murilo: - Mas estão dizendo que o meu cliente sabia que valor era esse destinado a agente político.

Juiz Federal: - sim, mas então...

Defesa de Márcio e Murilo: - **temos que saber que agente político é este.**

Juiz Federal: - **Certo. Nós já definimos essa questão, doutor, e quem decide aqui sou eu esse caso, certo? O doutor pode reclamar, constar em ata, mas essa é a situação.**

Defesa de Márcio e Murilo: - **mas assim Vossa Excelência impede que...**

Juiz Federal: - **Doutor, essa questão está definida já, nós não vamos voltar a essa questão, eu sou o juiz desse processo e eu decido essa questão. Essa questão vai vir à tona no momento oportuno pelo Supremo Tribunal Federal.” (grifado)**

De todas as obras de refinaria descritas na denúncia, apenas uma (frise-se: apenas uma) localiza-se nos entornos da cidade de Curitiba/PR, mais propriamente na cidade de Araucária/PR.

Ademais, as licitações reputadas fraudadas não se realizaram no Estado do Paraná e as supostas reuniões entre empreiteiras ou entre pessoas de empreiteiras e da Petrobrás também não se realizaram neste Estado. Sendo assim, não há sentido algum na supracitada alegação de existência de vínculo entre o processo e a cidade de Curitiba/PR, como quer fazer crer o magistrado de primeiro grau.

Como se não bastasse, as sedes das empresas envolvidas não se localizam no Estado do Paraná, e nada, absolutamente nada, autoriza a atuação daquela Seção Judiciária, senão a manipulação de suposta conexão inexistente e injustificada. Inevitável concluir que o princípio da territorialidade como determinante para a fixação da competência se viu violado em sua essência, além do princípio da correlação entre acusação e sentença (art. 5º, LV, da CF c/c art. 41 do CPP).

Assim, trazendo-se o tema novamente à análise, deve ser reconhecida **(I) a incompetência absoluta em razão da hierarquia**, para declarar a nulidade de todos os atos praticados por este Juízo e remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal. Ou, se assim não entender, deve ser reconhecida **(II) a incompetência relativa em razão do território**, com o envio imediato dos autos ao Juízo territorial competente, que avaliará a regularidade dos atos anteriores em conformidade com as regras de competência.

Por fim, tendo o magistrado *a quo* olvidado da análise de todos os argumentos que inevitavelmente afastam a sua competência ao caso, requer que o assunto seja tratado em sua integralidade por este e. Tribunal, ficando desde logo prequestionados os incisos XXXVII e LIII do art. 5º da CF, e os artigos 41, 69 a 75 e 564, I, todos do CPP.

04. DA INVERSÃO DE ETAPAS PROCESSUAIS. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA ANTES DO PRONUNCIAMENTO ACERCA DAS DEFESAS APRESENTADAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUÍZO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA (ART. 5º, LV, DA CF).

Conforme se extrai dos autos, a denúncia foi recebida em 16.12.2014 (Evento 06), ocasião na qual o Juízo *a quo* designou data para

realização de audiência de instrução e julgamento, antes mesmo dos réus apresentarem suas respostas à acusação.

O magistrado *a quo*, para tentar justificar sua equivocada postura que deu margem à inegável cerceamento de defesa, alegou que “*a medida visou acelerar a instrução a bem dos acusados presos, que têm direito a um julgamento em prazo razoável, não se vislumbrando qualquer prejuízo na medida*” e que “*deste procedimento, tomado em benefício dos acusados presos, não se depreende qualquer prejuízo para eles ou para os demais acusados*” (e. 1051, itens 118 e 120).

Contudo, nos termos da vigente legislação processual, **o recebimento da denúncia autoriza única e exclusivamente a citação dos réus para apresentação de resposta**, oportunidade na qual poderão arguir preliminares, requerer prova e alegar tudo o que interesse à sua defesa.

Com efeito, somente depois da apreciação das teses defensivas é que o Juízo – em não sendo o caso de reconsiderar o recebimento da denúncia por sua inépcia ou absolver sumariamente os réus – deverá dar início à instrução processual, conforme expressa orientação legal (arts. 396, 396-A, 397 e 399, todos do CPP).

Desta feita, ao designar precipitadamente data para realização de audiência, mesmo antes da citação dos réus para apresentação de resposta à denúncia, o Juízo de primeiro grau negou claramente vigência ao conteúdo normativo espelhado no art. 396-A e ss. do CPP.

Ademais, tal precipitada designação demonstra prévia e inoportuna formação de convencimento acerca da inocorrência das hipóteses de absolvição sumária.

Ora, a consideração de que há acusados presos, e que estes têm direito a um julgamento célere, não pode justificar a infringência ao princípio da ampla defesa. O direito de ser julgado em prazo razoável não pode ser invocado como fundamento para a inversão de fases processuais previamente estabelecidas em lei e garantidas ao acusado, e ao magistrado não é dado modificar o rito processual, invertendo fases e etapas, a pretexto de conferir celeridade ao feito, e infringir, por outro lado, o princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF).

Assim, manifesto é o equívoco da sentença ao aduzir que “as respostas preliminares foram apreciadas antes da realização da primeira audiência (decisões de 10/02/2015, evento 272, 10/02/2015, evento 297)” (e. 1051, item 119) e que “ainda que houvesse nulidade, não

haveria prejuízo que justificasse o reconhecimento, considerando o princípio maior que rege a matéria (art.563 do CPP)” (e. 1051, item 121).

Ora, a simples designação precipitada de data para se ter lugar a audiência instrutória – mesmo que a decisão tenha sido prolatada antes do ato – já acarreta prejuízo à defesa, uma vez que (I) evidencia o prévio convencimento do julgador sobre a viabilidade da acusação, a despeito do que venham alegar os acusados e (II) impede o controle da legalidade do ato decisório.

A garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório não se restringe à mera oportunidade que é dada às partes de se manifestarem nos autos, mas também representa o direito que elas possuem de terem seus argumentos devidamente analisados pelo juiz da causa. Neste sentido é o ensinamento de Leonardo Carneiro da Cunha:

Às partes deve-se conferir oportunidade de, em igualdade de condições, participar do convencimento do juiz. O contraditório guarda estreita relação com o princípio da isonomia, exatamente porque as partes devem dispor da possibilidade de expor suas versões, apresentar suas defesas e participar, enfim, do processo em idênticas oportunidades.

Significa que a principal finalidade do contraditório deixou de ser a apresentação de defesa pelo réu, para passar a ser a influência no desenvolvimento e no resultado do processo, razão pela qual constitui direito não só do réu, mas também do autor. O contraditório constitui expressão da participação: todo poder, para ser legítimo, deve permitir a participação de quem poderá ser atingido com seu exercício.

O juiz também é sujeito do contraditório. Este não concerne apenas às partes, mas também ao juiz. O contraditório não se resume à defesa do réu, alcançando todos os sujeitos do processo. O direito à ampla defesa do réu integra o contraditório em seu aspecto substancial. Em outras palavras, o direito de defesa é conteúdo do contraditório, sendo apenas um de seus aspectos.

Para que haja participação e exercício do direito de defesa, é preciso que se efetive a informação prévia e a possibilidade de reação.

(...)

A obediência ao princípio do contraditório constitui garantia da imparcialidade do juiz. O magistrado que não confere audiência a ambas as partes e, de resto, não cumpre o primado do contraditório já terá, somente por isso, cometido uma parcialidade, por não haver investigado senão a metade do que poderia verificar¹³.

Deste modo, se o Juízo responsável pela condução do feito já demonstra, de antemão, prévio convencimento sobre a viabilidade da acusação, a ponto de designar audiência de instrução antes mesmo de analisar

¹³ Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>.

as Respostas à Acusação, tem-se violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) em seu aspecto de efetividade.

Sobre a questão, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou afirmando que, se não fosse necessário exigir que o magistrado apreciasse as questões trazidas pela defesa antes de dar início à instrução, seria inócua a previsão normativa que assegura o oferecimento de resposta ao acusado (nesse sentido: STJ. HC - HABEAS CORPUS – 183355. MARCO AURÉLIO BELLIZZE - QUINTA TURMA - DJE DATA:19/09/2012).

Aliás, no citado precedente o Min. Jorge Mussi, em voto vista, destacou que “é cabível a anulação do processo penal na hipótese em que o juiz designou a audiência de instrução e julgamento sem analisar a resposta do acusado à denúncia, porquanto, se o legislador oportunizou à defesa um momento para arguir preliminares e alegar teses capazes de levar o feito a um julgamento antecipado, deve o magistrado fundamentar a sua decisão, seja pela absolvição sumária ou pela continuação da ação penal, ainda que de maneira sucinta, para que seja oportunizado, até mesmo, o controle de legalidade da decisão perante as instâncias superiores”.

E, de fato, a decisão que analisou as respostas à acusação apresentadas pelos réus foi prolatada na véspera da primeira audiência instrutória (que se deu em 11.12.15), o que efetivamente **vedou às partes qualquer controle de legalidade do ato**, inclusive a possibilidade de embargar o referido *decisum* apontando manifesta omissão na análise de argumentos defensivos.

Não bastasse isso, a decisão judicial prolatada momentos antes da primeira audiência de instrução não contemplou os argumentos da defesa do Requerente. Vê-se do referido *decisum* que o Juiz *a quo* abordou apenas as teses coincidentes de várias respostas de defesa (evento 272). A irrisignação da defesa foi registrada na abertura da primeira audiência de ouvida de testemunha de acusação (evento 310).

Aliás, o próprio magistrado *a quo* admitiu, na sentença, ter sido necessário complementar a análise das respostas à acusação após a primeira audiência de instrução:

“Em decisão de 23/02/2015 (evento 349), complementei a luz de esclarecimentos supervenientes das Defesas as decisões anteriores, mas a apreciação inicial das respostas preliminares foi antes da primeira audiência” (e. 1051, item 119).

Tal manejo posterior dos argumentos defensivos, elaborado em razão da irresignação dos advogados com a incompletude do despacho que analisa as Respostas à Denúncia (prolatado nas vésperas da primeira audiência de instrução), é mais uma prova do cerceamento de defesa antes operado.

É realmente surpreendente que o próprio Juízo de piso admita não ter promovido a análise das teses levantadas pela defesa antes da deflagração da instrução, e, ao mesmo tempo, não reconheça o cerceamento praticado com tal conduta.

Sem qualquer efetividade (diante da instalação e realização do ato instrutório), restou à defesa apenas registrar sua irresignação com a omissão da análise das alegações trazidas em resposta à denúncia quando do primeiro ato processual da instrução (evento 310). Manifesto, portanto, o prejuízo da defesa com o atropelo das fases processuais.

Ante os argumentos expostos, requer seja reconhecida a nulidade da decisão que recebeu a denúncia e determinou a indevida inversão das fases processuais, o que provocou flagrante prejuízo ao Recorrente, em decorrência de cerceamento de defesa.

Desde logo, ficam prequestionados os artigos 396, 396-A, 397 e 399, todos do CPP, e o art. 5º, LV, da CF, cujo exame e apreciação se espera seja feito no julgamento desta Apelação.

05. CERCEAMENTO DE DEFESA. NEGATIVA DE ACESSO ÀS PROVAS REFERIDAS NA DENÚNCIA E QUE EMBASAM A ACUSAÇÃO. OFENSA À AMPLA DEFESA E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, LV, DA CF).

Segundo se extrai dos termos da denúncia que fundamenta a presente ação penal, o Ministério Público Federal reporta-se reiteradamente ao conteúdo das declarações prestadas pelos acusados **Paulo Roberto Costa, Alberto Youssef, Augusto Ribeiro de Mendonça Neto e Júlio Gerin de Almeida Carmargo**. De modo semelhante, também a decisão que recebeu a exordial se reporta a tais depoimentos. Inclusive, a própria sentença deixa clara a importância destas provas para o presente feito (e. 1051, item 90, *a*):

“90. Como ver-se-á na fundamentação, as provas relevantes para o julgamento deste feito consistem:

a) depoimentos de testemunhas e acusados, parte deles tendo celebrado acordos de colaboração premiada com o Ministério Público Federal e que foram homologados por este Juízo ou pelo Supremo Tribunal Federal;”

A despeito disso, às defesas nestes autos foi deferido o acesso **tão-somente** ao conteúdo das declarações escritas prestadas por **Augusto Ribeiro de Mendonça Neto** (Evento 529 dos Autos 5073475-13.2014.404.7000 – Termos de Colaboração de nº 01 a 13) e por **Júlio Gerin de Almeida Carmargo** (Evento 529 dos Autos 5073475-13.2014.404.7000 – Termos de Colaboração de nº 01 a 08). Os áudios e vídeos dos depoimentos de Júlio Camargo e Augusto Mendonça foram concedidos apenas na fase do art. 402 do CPP, no evento 852.

Já em relação aos acordos premiados celebrados por **Alberto Youssef** e **Paulo Roberto Costa**, nestes autos foram colacionados apenas trechos de depoimentos prestados pelos réus em ação penal diversa (processo nº. 5026212-82.2014.4.04.7000). Não houve acesso aos Termos de Colaboração, tampouco ao conteúdo das declarações integrais prestadas por ambos, apesar de a denúncia ter se baseado em tais depoimentos, conforme reconhece o próprio magistrado sentenciante (e. 1051, item 149).

Também aqui, portanto, foi desconsiderada a determinação da Lei nº. 12.850/13 quanto à cessação do sigilo, além de violação à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), pelo fato de a Defesa não ter tido acesso, desde logo e a tempo de fazer uso na instrução penal, dos principais elementos de prova da acusação.

Desde a deflagração das investigações, as defesas de vários acusados – dentre as quais a do Apelante, como se observa no item 3, e. 200 – pleitearam, reiteradamente, o acesso à integralidade dos conteúdos de tais declarações, em especial aquelas de **Alberto Youssef** e **Paulo Roberto Costa**.

Em análise às questões levantadas pelas defesas em suas respostas à denúncia, o Juízo de primeiro grau decidiu sobre o tema por diversas ocasiões, sempre negando aos réus o acesso à integralidade das delações.

A justificativa do Juízo *a quo* para disponibilizar à defesa apenas pequenos trechos transcritos desses depoimentos prestados perante o Ministério Público era o fato de existir, nesse conteúdo, referência a agentes políticos, o que poderia inviabilizar futuras diligências e desdobramentos da operação (evento 272). Assim, aduziu o magistrado que a solicitação deveria ser dirigida ao Sodalício Supremo Tribunal Federal (o que foi feito pelo Recorrente nos autos da Pet. 5.595 do STF).

O entendimento do Juízo *a quo* também restou claro através do despacho prolatado nos autos do processo nº. 5073475-13.2014.404.7000, o qual conferiu acesso às defesas somente das transcrições de parte escrita (termos) dos depoimentos prestados em sede de colaboração premiada por Pedro Barusco, Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa (contidos nos eventos 857/858 e 924/926).

Para o Juízo de primeiro grau, “*não há, neste fato [a ausência das delações premiadas], nenhuma violação ao contraditório, uma vez que a peça apenas instruiu a denúncia, tendo eles sido interrogados, posteriormente, no âmbito desta própria ação penal (evento 849 e 907)*” (e. 1051, item 150). Ora, é incoerente o magistrado sentenciante afirmar que tal elemento é alicerce da denúncia e do próprio julgamento do feito – tanto que, ao longo da sentença, vários trechos da delação são citados – para, em seguida, dizer que não há violação ao contraditório a sua ausência nos autos, posto que aqueles denunciados teriam sido interrogados posteriormente.

Na ocasião da apresentação das respostas à acusação, tal ausência configurou flagrante cerceamento de defesa, pois ficou o Apelante impedido de se manifestar sobre uma prova a qual não tinha acesso.

O mais grave, contudo, é a ausência dos respectivos áudios e vídeos aos processos: sem as gravações efetuadas quando da delação, não se pode averiguar a veracidade das transcrições parciais colacionadas pelo *Parquet* quando do oferecimento da denúncia.

Sobre esse tema, o Juízo de primeiro grau aduziu na sentença, sucintamente, que “*tendo as partes acesso aos depoimentos por escrito e depois tendo ambos sido ouvidos em Juízo sob contraditório, de todo irrelevante o acesso aos áudios e vídeos*” (e. 1051, item 153).

Ora, admitir que prospere uma imputação sem os conteúdos originais e integrais das delações premiadas, com base em uma confiança irrestrita no Estado, é um absurdo incompatível com o Estado Democrático de Direito. **Sem o acesso a tais elementos, a defesa não poderia confirmar se, de fato, o que está contido nas transcrições é cópia fiel do que foi relatado nas ouvidas dos colaboradores ou se houve manipulação das informações.**

Frise-se que, quando se fala em inteiro teor, quer-se dizer integralidade do conteúdo: abarcando, por óbvio, a mídia audiovisual dos depoimentos prestados em sede de delação.

Consequentemente, as simples transcrições dos depoimentos não configuram a integralidade da colaboração premiada.

Ademais, o argumento de proteção à imagem dos delatores para vedar o acesso à mídia audiovisual não se sustenta. **A uma**, porque o próprio Ministério Público, em suas incontáveis entrevistas veiculadas na imprensa nacional, vem desrespeitando indiscriminadamente os direitos dos colaboradores previstos nos incisos II e V do art. 5º da Lei 12.850/2013. É notória a publicização de seus nomes, bens, nomes de familiares, trechos do conteúdo de depoimentos (disponibilizados no Youtube e Google). O mesmo se pode falar das informações dos acusados não colaboradores.

A duas, pois, ainda que se admitisse o argumento do Juízo – de necessidade de preservação da imagem dos delatores – tal restrição seria oponível tão somente a partes estranhas aos processos e não, por óbvio, às defesas de acusados implicados nos depoimentos.

E, **a três**, em face de o art. 7º. §3º da lei 12.850/2013 não deixar qualquer dúvida sobre a imperiosa publicidade a ser imposta às colaborações após o recebimento da denúncia¹⁴.

Nesse sentido, é de se destacar que, com base nesses exatos argumentos elencados, o Min. Teori Zavascki, nos autos do Agravo Regimental na Reclamação 19.229 no STF, determinou que o Juízo *a quo* franqueasse acesso às mídias audiovisuais dos depoimentos prestados em sede de colaboração premiada por Augusto Mendonça e Júlio Gerin, reconhecendo que a postura do MM. Juízo de negativa de acesso a tais arquivos violou a Súmula Vinculante nº 14, conforme se depreende da decisão do Em. Ministro juntada no evento 952 destes autos.

Ressalte-se ainda que a decisão reclamada (autos nº 5083376-05.2014.4.04.7000) objeto da Reclamação 19.229 (STF) guarda similitude substancial com a do evento 791 destes autos, a qual foi também objeto da Reclamação 20.733 (STF) por parte do defendente, como foi, inclusive, destacado na decisão do Min. Teori Zavascki.

¹⁴ Tal regra visa a assegurar o acesso dos demais denunciados aos termos do acordo em prestígio claro ao contraditório e à amplitude de defesa, deixando, pois, de lado o “direito de imagem preservada” do colaborador. A expressão “termos do acordo” não pode ser interpretada restritivamente, como o quer o juiz acusador em parceria com o *parquet*, a ponto de tornar público somente o termo de colaboração premiada, referente às cláusulas do acordo. A interpretação correta, com respaldo constitucional e teleológico da norma, é o acesso ao conteúdo extraído dos depoimentos, em todos os seus termos: do termo de acordo de colaboração, dos vídeos, das transcrições dos depoimentos, dos documentos apresentados etc.

Além disso, o acesso da defesa à integralidade das delações mostra-se de suma importância para conferir a espontaneidade e voluntariedade dos depoimentos, uma vez que a voluntariedade do delator é *conditio sine qua non* para a validade do acordo de colaboração premiada. Isto é, devem o Ministério Público e o delegado de polícia observar, ao firmarem o acordo de colaboração premiada com o investigado, que este o firme e o preste de maneira absolutamente voluntária e espontânea, sem que haja qualquer tipo de indução, sugestão ou desvirtuamento do curso de ideias.

Nesse sentido esclarece a doutrina de Eduardo Araújo da Silva¹⁵:

A voluntariedade da iniciativa do colaborador é um dos pontos mais sensíveis do instituto no plano prático, ante a real possibilidade de constrangimentos para que haja uma colaboração eficaz. Se são previsíveis ocorrências de excessos para a extração de uma confissão durante as investigações, nada impede que também possam ocorrer na busca de uma colaboração eficiente, o que conduzirá inevitavelmente à ilicitude da prova obtida.

Em face da espontaneidade ser pressuposto essencial à legalidade do acordo de colaboração premiada, a própria lei 12.850/2013, no art. 4º, §13º, prevê, com o fim de garantir a maior fidelidade possível às declarações, **a gravação de todos os depoimentos pelos meios mais confiáveis de colheita de prova, como a mídia audiovisual.**

Referida previsão legal demonstra a preocupação do legislador com a preservação da voluntariedade das palavras do colaborador, que é, como já aludido, o pressuposto mais sensível do instituto¹⁶.

Pois bem. Pronunciando-se outra vez sobre o tema (evento 791), o Juízo de primeiro grau negou novamente o acesso às mídias audiovisuais. Assim, a defesa compareceu, por meio da Petição 5.595, perante o STF para obter o acesso aos vídeos dos depoimentos de colaboração premiada prestados por Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef. Tal acesso foi deferido, e as mídias entregues à parte Apelante.

No entanto, para a surpresa dos causídicos signatários, constatou-se ausentes, naqueles autos, todos, repita-se todos, os arquivos audiovisuais dos depoimentos iniciais prestados em sede de colaboração premiada por Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef, gravados entre os meses de agosto e novembro do ano de 2014.

¹⁵ *Organizações Criminosas*. São Paulo: Atlas, 2014. P. 56-57.

¹⁶ *Idem*.

Essa situação era idêntica àquela verificada por outros defensores perante o Supremo Tribunal Federal, a exemplo dos Inquéritos 3977 (fl. 337/338) e 3988 (fls. 335/336).

Em outras palavras: o *Parquet* homologou as delações perante o Supremo Tribunal Federal, mas a mídia que ali acostara não continha os vídeos com as primeiras delações.

Uma nova petição foi endereçada ao Supremo Tribunal Federal, que intimou o *Parquet* para apresentar os vídeos em sua completude, e a situação só foi resolvida no final do mês de maio/2015, quando já se encontrava finda a instrução do presente feito.

Ora, apesar de o conteúdo das delações premiadas ser utilizado para fundamentar tão graves acusações, a defesa não pôde conferir, **ainda a tempo de atuar e requerer provas na instrução penal**, a veracidade e a legalidade das transcrições fornecidas pela parte acusatória, já que os áudios e vídeos das delações (os quais podem atestar, inclusive, equívocos nas transcrições) estavam guardados a sete chaves em cofres trazidos diretamente do tribunal kafkiano, e foram negados à defesa durante toda a instrução.

O contexto em epígrafe só demonstra o desequilíbrio entre as partes e o manifesto cerceamento de defesa, caracterizado na afronta direta à Súmula Vinculante 14.

O prejuízo à defesa é efetivo: não se pôde sequer realizar perícia na mídia audiovisual que registrou os depoimentos dos colaboradores, impugnar os termos transcritos em juízo ou indagar os delatores sobre eventuais “contradições” entre o que fora inicialmente relatado nas delações e o que era apresentado nas transcrições parciais.

A defesa do Recorrente, inclusive, quando do interrogatório de Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, nestes autos, levantou a questão de que somente iria se pronunciar quando pudesse conferir a integralidade da mídia audiovisual dos depoimentos prestados em sede de colaboração premiadas por estes agentes, cujo acesso até então não lhe havia sido facultado.

Manifesto o cerceamento de defesa, requer seja determinada a reabertura da fase do art. 402 do CPP, em face da negativa de acesso, no momento devido, à mídia audiovisual dos elementos de prova produzidos e documentados em desfavor do Apelante nos depoimentos supracitados, prestados em sede de colaboração premiada.

Desde logo, renova-se o pedido de prequestionamento dos artigos 4º, §13, 5º, II e V, e 7º, §3º, todos da Lei 12.850/2013, além do art. 5º, LV, da CF, pleiteando-se que sejam enfrentados no julgamento desta Apelação, com fito de evitar posterior interposição de embargos declaratórios.

06. DA ILICITUDE DA PROVA DO INTERROGATÓRIO DO RÉU COLABORADOR ALBERTO YOUSSEF NOS AUTOS Nº 5026212-52.2014.4.04.7000. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. PARTICIPAÇÃO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU NAS NEGOCIAÇÕES. VIOLAÇÃO DO ART. 4º, §§ 6º E 7º DA LEI 12.580/2013.

Cumpre, *ab initio*, apontar a ilicitude presente no interrogatório de Alberto Youssef como colaborador premiado no processo nº 5026212-82.2014.404.7000 – utilizado como prova na denúncia destes autos, evento 01, OUT151 –, porque faltava, à época, a homologação judicial de sua colaboração, a qual é elemento fundamental de validade da delação premiada.

Segundo o art. 4º, §§6º e 7º, da Lei 12.850/2013, a Colaboração Premiada somente se torna um ato jurídico perfeito com a averiguação judicial de sua legalidade, legitimidades dos termos e contornos do Acordo. Nesse sentido é o magistério do ex-Ministro do STJ Gilson Dipp¹⁷:

Ao receber o acordo para homologação o magistrado deve apreciar necessariamente a sua competência. O Juiz competente (seja juiz de primeiro grau, desembargador ou ministro, conforme detenha o acusado ou um dos corréus foro especial ou não, ou até mais de um juízo -- resolvendo-se por concurso de jurisdição quando em processo único -- se a delação premiada indicar envolvimento de vários investigados com foro próprio), **inobstante, não participa das negociações e o termo de acordo com as declarações do colaborador e a cópia da investigação lhe serão submetidos apenas para verificar a regularidade, a legalidade e a voluntariedade** (art. 4º, § 6º).

(...)

Cabe ao Juiz competente a homologação do acordo sem apreciação do conteúdo embora possa também recusá-la ou adequá-la se não atender aos requisitos legais. (...)

Apesar do Juízo *a quo* ter aduzido na sentença que “os acordos de colaboração premiada celebrados entre a Procuradoria Geral da República e os

¹⁷ DIPP, Gilson. *A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015. P. 37-38.

acusados Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef, estes assistidos por seus defensores, foram homologados pelo eminente Ministro Teori Zavascki do Egrégio Supremo Tribunal Federal’ (e. 1051, item 164), **não é isso que se depreende do início do interrogatório do réu colaborador Alberto Youssef – evento 1101 dos autos nº 5026212-82.2014.404.7000.**

A denúncia foi, sim, baseada em delação premiada ainda não homologada quando de seu oferecimento.

Observe-se o reconhecimento pela Defesa de Alberto Youssef, pelo Ministério Público Federal e pelo Juízo *a quo* de que o acordo de colaboração premiada não havia ainda sido homologado pelo Supremo Tribunal Federal (e. 1101 dos autos nº 5026212-82.2014.404.7000 ou evento 01, OUT151 destes autos):

ALBERTO YOUSSEF

(...) Defesa de Alberto Youssef: - Vossa Excelência vai interrogar o Alberto Youssef agora e houve um pedido do Ministério Público que ele já iniciasse a colaboração hoje, **com tratativas com esse juízo** e com o Ministério Público. Então eu gostaria de explicar que nós não temos um acordo homologado e que houve um pedido do Ministério Público Federal que essa colaboração começasse hoje. Então a questão é, Excelência, se a colaboração começar hoje, nós não vamos nos opor, meu cliente inclusive já disse que gostaria de depor, se há concordância com o Ministério Público que essa colaboração já faça parte do acordo, que já esteja incluída, que Vossa Excelência garanta a ele também que isso, esse depoimento já fará parte daquela colaboração que ele está hoje tratando com o Procurador Geral da República e com o Supremo. Só é essa nossa questão.

Juiz Federal:- Não, 1 veja bem, doutor.

Defesa de Alberto Youssef: - Se ele tiver essa garantia, ele vai falar. Caso contrário, ele não 3 pode depor.

Juiz Federal:- Claro. Tem alguma questão do MP?

Ministério Público Federal: - Sem oposição aos fatos que ele trouxe aqui se não forem...

6 Defesa de Alberto Youssef: - Só no microfone, doutor, por favor.

Ministério Público Federal:- Sem oposição, os fatos que ele trouxe aqui vão ser considerados pra fins da colaboração.

Defesa de Alberto Youssef: - Perfeito.

Juiz Federal:- Certo na verdade doutor a questão é a seguinte, me foi informado pelo Ministério Público que havia um processo de celebração de um acordo de delação premiada. Mas, a semelhança do que acontece com o senhor Paulo Roberto Costa, haveria em princípio envolvimento de pessoas com foro privilegiado. Daí, nesse caso, a homologação desse acordo depende do Supremo Tribunal Federal, não há condições de juntar inclusive esse acordo antes que haja essa homologação. **Mas de fato, tendo em vista que ele é acusado nesse processo e a expectativa que se tem é de uma pessoa que se dispõe a**

colaborar, que efetivamente colabore e os benefícios vão ser considerados na medida da colaboração dele. Faz parte do procedimento.

Defesa de Alberto Youssef: - Sim. Faz parte do procedimento do acordo?

Juiz Federal: - Sim, sim.

Defesa de Alberto Youssef: - Se a sua garantia está sendo dada, a sua palavra para mim basta.

Juiz Federal: - Até assim, por uma questão legal, eu vou ouvir o acusado já na condição então de criminoso colaborador.

Defesa de Alberto Youssef: - Perfeito.

Juiz Federal: - Desculpe, criminoso não, mas de acusado colaborador e o que significa que ele depõe sobre um outro regime jurídico. Certo? Bem, enfim, esclarecida essas questões....

Defesa de Alberto Youssef: - Bem, o Ministério Público já disse que não implica em quebra do sigilo do acordo, não é?

Ministério Público Federal:- (incompreensível) Isso.

Defesa de Alberto Youssef: - Não, eu não poderia não dar ciência aos meus colegas, na audiência, do que está acontecendo.

Juiz Federal: - Certo, certo.

Defesa de Alberto Youssef: - Os da defesa tem que saber disso. Eu não posso prejudicar os advogados.

Juiz Federal: - Mais enfim, tão logo...

Defesa de Alberto Youssef: - O Ministério Público concordou, o juiz garantiu.

Juiz Federal: - Tão logo seja possível e haja homologação desse acordo pelo Supremo Tribunal Federal, se ele for homologar esse acordo, evidentemente, isso será juntado aos autos. De todo modo ainda que não haja...

Defesa de Alberto Youssef: - A sua palavra basta.

Juiz Federal: - Ainda que não haja eventualmente homologação pelo Supremo, o juízo diante de uma efetiva colaboração dele, irá considerar evidentemente os benefícios legais eventualmente cabíveis.

Defesa de Alberto Youssef: - Sua palavra para nós (incompreensível). Eu estou satisfeito, muito obrigado.

Juiz Federal: - Certo? Bem, mas nessa condição então, senhor Alberto Youssef, o senhor está sendo acusado de um crime pelo Ministério Federal, na condição de acusado o senhor tem o direito de permanecer em silêncio, certo.

Interrogado: - Sim, senhor.

Juiz Federal: 1 - Entretanto...

Defesa de Alberto Youssef: - A câmera está desligada também, né, doutor?

Juiz Federal: - Na condição de... se o senhor pretende realmente colaborar com a justiça, 4 hoje a Lei 12.850 estabelece um tratamento jurídico diferente pro senhor. O senhor tem que renunciar ao direito ao silêncio e o senhor já depõem com o compromisso de dizer a verdade 6 nesse processo. Inclusive lhe faço aqui uma advertência que, na forma da lei, se o senhor imputar falsamente crime à outra pessoa, pretendendo colaborar com a justiça, isso é considerado um crime por si só, certo?

Interrogado: - Sim senhor.

Juiz Federal: - Então o senhor vai renunciar o direito ao silêncio pra essa colaboração com a justiça?

Interrogado: - Eu vou colaborar.

Juiz Federal: - A defesa dele esclarece então ele está renunciando ao direito do silêncio pra prestar esse depoimento?

Defesa de Alberto Youssef: - A defesa concorda, Excelência. E o acusado vai colaborar.

(...)

Já naquela audiência, portanto, estava à evidência a ausência de homologação judicial do acordo de colaboração premiada do acusado Alberto Youssef, na forma prevista na lei.

Como esse interrogatório do réu Alberto Youssef, na verdade, configura-se como depoimento prestado em sede de colaboração premiada que não tinha sido ainda homologada, **optou o Juízo de primeiro grau, na tentativa de lhe dar validade, por participar diretamente da negociação da colheita de tais esclarecimentos entre o colaborador, seu defensor e o Ministério Público. Essa situação é vedada expressamente pelo art. 4º, §6º, da Lei 12.850/2013¹⁸, que proíbe que o MM. Juízo participe das negociações.**

Como visto na transcrição da audiência ocorrida nos autos nº 5026212-82.2014.404.7000 (e. 01, OUT151), o Juízo *a quo* não só participou das tratativas entre Defesa e Ministério Público quanto ao conteúdo das declarações, mas também lhe garantiu que, mesmo que o Supremo Tribunal Federal não homologasse a sua colaboração, o MM. Juízo iria lhe garantir benefícios naquele processo penal, apesar de lhe impor os deveres da Lei 12.850/2013.

Isso porque o Juízo *a quo* tinha o claro intuito de conduzir o réu Alberto Youssef a colaborar não só com a apuração das imputações contidas naqueles autos, **mas especialmente em relação a fatos estranhos ao processo em que ocorria o depoimento e diretamente relacionados aos depoimentos de colaboração premiada em trâmite no Supremo Tribunal Federal e na Procuradoria Geral da República.**

Nesse sentido, Alberto Youssef discorreu por horas sobre a suposta organização criminoso, o “Clube” das empreiteiras, identificando cada agente que teria participado de negociações ou com ele se reunido, para além dos acusados nos autos do processo nº 5026212-82.2014.404.7000. De uma simples leitura do OUT151 do evento 01, observa-se que o Juízo *a quo* quis, por via transversa, valer-se apressadamente do conteúdo dos depoimentos de delação premiada para iniciar a sua pessoal persecução penal em desfavor de todos os empreiteiros mencionados por Youssef, antes mesmo de o Supremo

¹⁸ Art. 4º (...)§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Tribunal Federal homologar a colaboração e determinar o envio dos depoimentos ao primeiro grau.

Assim, referido depoimento não poderia ter sido utilizado como prova ou indício de prova sobre a autoria dos crimes ora denunciados em desfavor do Apelante, pois ausente o requisito legal de sua validade: a homologação judicial.

Portanto, conforme o art. 5º, LVI, da CF e art. 157 do CPP, o referido interrogatório do réu colaborador Alberto Youssef se configura como prova ilícita e inadmissível, visto que se tratou, na verdade, de depoimento prestado em sede de colaboração premiada ainda não homologada, em violação direta ao art. 4º, §§6º e 7º, da Lei 12.850/2013.

Isto posto, requer seja reconhecida a ilicitude dessa prova nestes autos, consubstanciada no referido interrogatório do réu Alberto Youssef no processo nº 5026212-82.2014.404.7000, com o respectivo desentranhamento destes autos (evento 01, OUT151), conforme determina o art. 157 do CPP, bem como a análise da existência de prova ilícita por contaminação.

Requer, para efeito de prequestionamento, a análise da violação aos arts. 4º, §§6º e 7º, da Lei 12.850/2013, ao art. 157 do CPP e ao art. 5º, LVI, da CF.

07. DA SEPARAÇÃO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DA NATUREZA DAS ACUSAÇÕES. ACUSAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E DE CORRUPÇÃO PASSIVA. CRIME BILATERAL. CONEXÃO SUBJETIVA E PROBATÓRIA. INÉPCIA DA ACUSAÇÃO. PREJUÍZO EFETIVO. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, LIV E LV, DA CF/88). VIOLAÇÃO AOS ARTS. 76, I E III, E 80 DO CPP

Conforme já relatado, a presente denúncia imputa ao Recorrente a prática do crime tipificado no art. 2º, *caput* e §4º, II, III e IV c/c art. 1º, ambos da Lei nº. 12.850/13.

Segundo narra o *Parquet* na denúncia, a suposta organização criminosa teria sido constituída pelo Recorrente e pelos demais administradores e agentes da Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, junto com a Odebrecht, UTC, Camargo Correa, Techint, Andrade Gutierrez, OAS, Promon, MPE, Skanska, Queiroz Galvão, Iesa, Engeviz, Setal, GDK e Galvão Engenharia (evento 01). Ora, é a própria denúncia que indica expressamente a existência de conexão subjetiva entre os empreiteiros de todas essas empresas, isto é, **imputa-se a diversos agentes a acusação de pertinência à mesma organização criminosa**.

Todavia, a acusação contra os empresários das últimas empresas, no entanto, não se encontra contemplada na presente denúncia (flagrante violação do art. 76, I, do CPP – conexão subjetiva).

Assim, está-se endereçando a um conjunto de pessoas a atuação em grupo organizado (acusação de Organização criminosa), mas a apuração desta conduta foi erroneamente separada em processos diversos.

Alegou o *Parquet* que a *opinio delicti* é incumbência do MPF e que a ação penal pública não obedece ao princípio da indivisibilidade, bem como que o crime de organização criminosa teria sido devidamente descrito na inicial, não se podendo falar em inépcia na peça vestibular. Por fim, aduziu que o Supremo Tribunal Federal já teria se firmado pela possibilidade de separação de processos para aqueles que possuem prerrogativa de foro (fls. 54-56 das alegações ministeriais).

Ao abordar a cisão da acusação, o magistrado sentenciante manifestou-se favoravelmente aos argumentos do órgão ministerial, entendendo que se tratou de uma postura acertada, por privilegiar a razoável duração do processo (e. 1051):

84. Apesar da existência de um contexto geral de fatos, a formulação de uma única denúncia, com dezenas de fatos delitivos e acusados, dificultaria a tramitação e julgamento, violando o direito da sociedade e dos acusados à razoável duração do processo.

85. Também não merece censura a não inclusão na denúncia dos crimes de formação de cartel e de frustração à licitação. Tais crimes são descritos na denúncia apenas como antecedentes à lavagem e, por força do princípio da autonomia da lavagem, bastam para processamento da acusação por lavagem indícios dos crimes antecedentes (art. 2º, §1º, da Lei nº 9.613/1998). Provavelmente, entendeu o MPF que a denúncia por esses crimes específicos demanda aprofundamento das investigações para delimitar todas as circunstâncias deles. (...)

88. O desmembramento da ação penal, por sua vez, não tem qualquer relação com o princípio da obrigatoriedade ou da indivisibilidade da ação penal, não assistindo razão no ponto à parte das Defesas, pois ainda que, em separado, os responsáveis pelos crimes estão sendo acusados. Ainda que assim não fosse, para a ação penal pública, o remédio contra eventual violação ao princípio da obrigatoriedade ou da indivisibilidade é a persecução penal dos excluídos, por aditamento ou ação própria, e não a invalidade da persecução contra os já incluídos.

Contudo, tais argumentos não merecem prosperar.

Apesar dos argumentos da peça acusatória acolhidos na sentença, vê-se que o ponto principal da tese de inépcia da imputação suscitado pela defesa talvez não tenha sido devidamente compreendido pelo representante ministerial e pelo magistrado *a quo*.

A alegação defensiva pontua a impossibilidade de se desmembrar processos cujas acusações mostram-se intrinsecamente vinculadas, como a acusação do crime de formação de quadrilha, corrupção bilateral e organização criminosa.

Isso porque, como é óbvio, as provas produzidas pela acusação e defesa – de cada componente da mesma organização criminosa – em cada processo separado interessam a todos os acusados do mesmo delito, cujo exercício do contraditório deve ser garantido. Tal raciocínio deriva do simples fato de que se trata de acusação de crime de concurso necessário, impossível de ser acessado em sua integralidade quando investigado em vários processos compartimentados.

Ora, se um mesmo fato é apurado em várias ações penais e a sua tipicidade vincula-se à participação de outros acusados (existência de conexão subjetiva e probatória), é manifesta a mácula ao exercício do contraditório e ampla defesa para cada acusado, em relação às ações das quais não integra. Isso porque a prova da própria existência do crime implica todos os acusados envolvidos (ocorrência de prejudicialidade de provas ou de conexão probatória – violação do art. 76, III, do CPP).

Dada a evidente conexão probatória entre a acusação direcionada às construtoras – de **participação de todas em uma única organização criminosa** –, houve evidente violação do art. 76, I e III, do CPP, posto que os feitos deveriam ter sido reunidos em virtude da prejudicialidade probatória entre os delitos investigados nas ações penais diversas e por ser imputado aos agentes atuação em conjunto e em concurso.

Nesse sentido, destaque-se a orientação adotada pelo STF quando da análise de Questão de Ordem suscitada no INQ 2245, que deu origem à Ação Penal 470 (“Mensalão”)¹⁹. Nesta oportunidade, **a Corte Suprema consignou que a existência de uma organização criminosa (à época tipificada como quadrilha ou bando) impunha o julgamento conjunto, sob pena de comprometer a própria prestação jurisdicional.**

Isso porque se entendeu pela existência de conexão subjetiva e probatória ou instrumental (art. 76, I e III, do CPP) – hipótese idêntica aos presentes autos –, conforme se extrai dos seguintes trechos do julgamento referido:

VOTO MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: [...] Analisando a jurisprudência do Supremo, verifiquei - num voto também do Ministro Sepúlveda Pertence, chamado aqui por Vossa Excelência, nas citações - **que o desmembramento poderia ocorrer quando não houvesse um liame substancial entre os fatos.** Neste caso, como, aliás, assevera o Procurador-Geral da República, parece-me muito claro esse liame. **Quer dizer, a conexão substancial de fatos** parece indiscutível, Vossa Excelência deixou isso claro na leitura da primeira parte.

A denúncia descreve um conjunto de atos, comportamentos gravíssimos - na sua descrição - , que formaram, se comprovado judicialmente, uma rede inextrincável de fatos que motiva e, ainda, que esses fatos - como disse Vossa Excelência ao final do seu voto - pudessem, em algum momento, não se referir a alguém que tivesse foro específico, foro no Supremo Tribunal, **mas como são intrinsecamente vinculados aos outros, eles deram origem a outros, do total do que se tem o quantum denunciado.**

Desmembrar esse processo, para mim, portanto, significaria impedir que todos os fatos sejam apreciados e julgados no conjunto, com a gravidade que se teria de dar ao caso. [...]

Daí por que me parece que a direção da instrução não poderia perder essa conectividade. Os fatos, os atos, os cometimentos foram praticado numa condição muito bem especificada da denúncia - que li mais de uma vez, aliás - como um complexo ligado na sua substância, na sua essência. Como julgá-los de forma desligada sem se romper a substância que dá o tom ou a coloração antijurídica?

Ademais - afirma Vossa Excelência - **o desmembramento pode conduzir a decisões diferenciadas para fatos apreciados fora dos contornos inicialmente vinculados na forma denunciada, e isso seria o preço a se pagar.** [...]

VOTO MINISTRO GILMAR MENDES: [...] Entendo que a aplicação do artigo 80 do Código de Processo Penal deve ser sempre excepcional. **A regra, a meu ver, é a unidade do processo e julgamento nos casos de competência determinada pela conexão quando há concurso de crimes e de agentes.** [...]

¹⁹ (Inq-QO-QO 2245, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 06/12/2006, publicado em 09/11/2007, Tribunal Pleno)

VOTO MARCO AURÉLIO: [...] Entendo, Senhora Presidente, consideradas as razões já expostas pelos eminentes Ministros Cármen Lúcia, Eros Grau e Gilmar Mendes, que se justifica, no caso, a preservação da competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, notadamente em face das ponderações feitas pelo eminente Procurador-Geral da República, quando assinala que **"A opção de incluir na denúncia pessoas que não possuem foro por prerrogativa de função foi adotada pela inequívoca existência de conexão, nas três hipóteses descritas no artigo 76 do CPP, em razão da complexa implicação entre as diversas condutas narradas, bem como entre a atuação dos vários integrantes dos núcleos explicitados, de tal modo que a imputação fracionada provocaria sérios prejuízos para a completa compreensão dos fatos, caso tivesse havido prévio desmembramento. (...).**

VOTO MÉDIO SEPÚLVEDA PERTENCE: [...] **Tenho muita dificuldade em adotar uma solução em que, havendo cinco ou seis pessoas acusadas de agir em concurso - conforme as instâncias às quais foram cometidas o julgamento de determinada acusação -, três ou quatro sejam absolvidos e uma única seja condenada pela formação da mesma alegada quadrilha.** Creio que a solução possível para atender às preocupações, que são legítimas, do eminente Relator e a dos que o seguiram é uma partilha objetiva, desmembrando-se o processo e remetendo-o à instância competente quando não houver imputação, em co-autoria ou não, a dignatário titular do foro por prerrogativa de função. [...]

A cisão da instrução probatória, nestes autos, comprometeu irremediavelmente o direito de defesa dos acusados, posto que foram impedidos de participar do contraditório da prova produzida em processos que lhes atingem diretamente a esfera jurídica (**prejuízo efetivo**), pelo simples fato de não serem formalmente réus nos outros autos. **Afronta, portanto, aos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF).**

Ademais, não cabia ao *Parquet*, e sim ao magistrado, a decisão pela faculdade contemplada no art. 80 do Código de Processo Penal. Pela própria dicção legal, a acusação deve ser formulada em sua inteireza, contra todos os acusados, e depois, se for o caso, ser justificadamente desmembrada pelo órgão judicial competente. Verifica-se que houve, pois, uma inversão indevida do procedimento, na medida em que o Ministério Público desmembrou a denúncia sem manifestação prévia do Juiz de piso (que apenas concordou com a cisão no item 87 da sentença).

A não adoção do procedimento legalmente previsto enseja nulidade por ofensa ao devido processo legal e cerceamento de defesa na medida em que nega ao corréu o exercício do contraditório sobre a amplitude da prova produzida em todas as outras ações penais cuja acusação é a mesma

do presente feito. Trata-se, portanto, de violação ao disposto no art. 5º, LIV e LV, da CF.

Mas não é só. Também com relação à imputação dos crimes de corrupção ativa e passiva se aplica o raciocínio acima.

No que concerne ao conjunto de fatos D e E – relativos à acusação dos crimes de corrupção passiva e ativa –, narra a denúncia que os administradores e representantes da **Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A** praticaram o delito de corrupção ativa *“pois ofereceram e prometeram vantagens indevidas a empregados públicos da PETROBRÁS, notadamente ao seu então Diretor de Abastecimento, PAULO ROBERTO COSTA, (...) e também em relação ao então Diretor de Serviços da Estatal, RENATO DE SOUZA DUQUE, o que será objeto de futura denúncia em separado”* (evento 01).

Como é cediço, embora o delito de corrupção não seja necessariamente bilateral em todas as suas modalidades, o será quando a acusação de **prometer** relacionada ao corruptor ativo estiver necessariamente vinculada à de **receber ou aceitar** relacionada ao corruptor passivo (**caso dos autos**).

Essa hipótese não só é reconhecida expressamente no texto da denúncia – que se utiliza do termo “corrupção bilateral” por diversas vezes no item 3.1 da denúncia (e. 01) –, mas também pelo próprio magistrado *a quo*, segundo o qual “445. **A corrupção envolve quem paga e quem recebe. Ambos são culpados e devem ser punidos.**446. **Entre eles uma simbiose ilícita**” (e. 1051).

Apesar de o Ministério Público imputar indiscriminadamente aos diretores da **Mendes Júnior** a prática do delito de corrupção ativa, **optou por desmembrar a acusação, não incluindo nos presentes autos o funcionário Renato Duque – nominalmente citado em diversas passagens da denúncia – nem os demais “empregados da PETROBRÁS”, estes sequer identificados. Neste sentido, observe-se como o Juízo de primeiro grau descreveu o caso em sua sentença (e. 1051, itens 206/209):**

206. A presente ação penal abrange somente uma fração desses fatos.

207. Segundo a denúncia, em grande síntese, a empreiteira Mendes Júnior participaria do cartel, teria ganho, mediante ajuste do cartel, obras contratadas pela Petrobrás e teria pago propina de cerca de 1% sobre o valor dos contratos e dos aditivos à Diretoria de Abastecimento da Petrobrás comandada por Paulo Roberto Costa.

208. Reporta-se à denúncia a contratos ganhos pela Mendes Júnior, isoladamente ou em consórcio com outras empresas, na Refinaria Presidente Getúlio

Vargas/PR REPAR, na Refinaria de Paulínea/SP REPLAN, no Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro COMPERJ, no Refinaria Gabriel Passos/MG REGAP, no Terminal Aquaviário de Barra do Riacho, em Aracruz/ES e nos Terminais Aquaviários de Ilha Comprida e Ilha Redonda, na Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro/RJ.

209. **A denúncia não abrange o pagamento de propinas por essas mesmas obras à Diretoria de Engenharia e Serviços comandada por Renato de Souza Duque.** – grifamos

Acontece que a estruturação do tipo de corrupção ativa imputado na denúncia em relação aos administradores da **Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A** engloba também a contrapartida (corrupção passiva) dos então empregados da **Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás** (hipótese de **conexão subjetiva**). A prova da existência de uma ação inquestionavelmente repercute na existência da outra, uma vez que as ações se encontram umbilicalmente relacionadas (hipótese de **conexão probatória**).

Logo, evidenciando-se a indissociável vinculação entre as condutas, não poderia o Ministério Público Federal ter optado, a seu critério e nuto, por não incluir **Renato Duque** nesta denúncia, cindindo o processo em relação a este, uma vez que a sua participação influencia diretamente no corpo probatório produzido nestes autos para o Recorrente. É inepta a acusação, portanto, também por este motivo.

Sendo assim, a imputação do crime de corrupção bilateral sem a inclusão de todos os envolvidos não só não era viável (impossibilidade de incidência do art. 80 do CPP), como comprometeu de maneira irreparável o exercício da defesa dos réus. Houve, portanto, violação dos arts. 76, I e III, e 80, do CPP e do art. 5º, LIV e LV, da CF, todos desde logo prequestionados, sendo despiciendo repetir as considerações acerca do prejuízo efetivo advindo da não consideração da existência de conexão subjetiva e probatória.

NO MÉRITO

08. DA CONSIDERAÇÃO DOS CRIMES ANTECEDENTES À LAVAGEM DE CAPITAIS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS CRIMES DE CARTEL E AJUSTE FRAUDULENTO DE LICITAÇÕES COMO CRIMES ANTECEDENTES.

Como já destacado, o Apelante foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei nº. 9.613/98 (lavagem de dinheiro), por onze vezes, apontando-se como antecedentes os crimes de cartel e fraude a licitações. Tais crimes antecedentes, contudo, não são objeto de imputação específica nestes autos, de modo que o Juízo considerou ser suficiente “provar que os valores envolvidos nas condutas de ocultação e dissimulação têm origem criminosa”. Destaque-se:

288. Os crimes de cartel (art. 4º, I, da Lei nº 8.137/1990) e de frustração, por ajuste de licitações (art. 90 da Lei nº 8.666/1993), não constituem objeto específico da denúncia, mas são invocados pelo Ministério Público Federal como crimes antecedentes à lavagem de dinheiro.

289. Em síntese, os valores obtidos nos contratos mediante cartel e ajuste fraudulento de licitações teriam sido objeto de condutas de ocultação e dissimulação para posterior pagamento das propinas à Diretoria de Abastecimento.

290. Devido ao princípio da autonomia do crime de lavagem veiculado no art. 2º, II, da Lei nº. 9.613/1998, o processo e o julgamento do crime de lavagem independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes.

291. Não é preciso, portanto, no processo pelo crime de lavagem, identificar e provar, com todas as suas circunstâncias, o crime antecedente, pois ele não constitui objeto do processo por crime de lavagem.

292. Basta provar que os valores envolvidos nas condutas de ocultação e dissimulação têm origem e natureza criminosa.

Desta forma, embora os fatos relativos à suposta existência de cartel e de fraudes em procedimentos licitatórios não sejam objeto desta ação, o Juízo dedicou extensa seção da sentença à análise de tais crimes, buscando a demonstração da “origem e natureza criminosa” dos valores envolvidos nas condutas que reputou como tendentes à ocultação e à dissimulação, com o objetivo de enquadrá-los como antecedentes do delito de lavagem.

Em suma, considerou:

344. Em resumo, quanto aos crimes de cartel e ajuste de licitação, têm-se:

- provas indiretas nas licitações e contratos obtidos pelos Consórcios Interpart e Consórcio CMMMS que indicam a existência do ajuste fraudulento (poucas propostas apresentadas; apresentação de propostas não-competitivas pelas concorrentes, com preços superiores ao limite máximo admitido pela Petrobrás; repetição dos resultados das licitações; falta de inclusão de novas empresas na renovação da licitação; proposta vencedora com preço pouco abaixo do limite máximo; aditivos que elevam o preço final muito acima da estimativa inicial de preço da obra)

- prova direta consubstanciada no depoimento de empreiteiro participante do cartel e do ajuste, inclusive dirigente de empresa componente dos consórcios que ganharam duas das licitações referidas na denúncia;

- prova direta consubstanciada no depoimento de intermediador de propinas e de um dirigente da Petrobrás na época dos fatos; e
- prova documental consistente em tabelas com indicações das preferências entre as empreiteiras na distribuição dos contratos e que convergem com os resultados das licitações, inclusive em três que constituem objeto da presente ação penal.

Portanto, o Juízo *a quo*, secundando o entendimento da acusação, considerou – com base principalmente nas informações prestadas por Augusto Ribeiro Mendonça Neto – que a partir do ano de 2004 formou-se um grupo integrado por 09 empresas (“Clube das 9”) que se reuniram com o propósito de combinar a participação nos certames promovidos pela Petrobrás, definindo previamente quem seria a empresa vencedora e quais empresas dariam cobertura à proposta apresentada.

Tal grupo, segundo afirma a acusação, posteriormente foi expandido para abranger um total de 16 empresas (“Clube das 16”) e incluir a celebração de acordo com os então Diretores das áreas de Abastecimento e Engenharia da Petrobrás – Paulo Roberto Costa e Renato de Souza Duque – para que atuassem em favor dos interesses do suposto cartel.

Destacam tanto o Ministério Público Federal quanto o Juízo *a quo* que, como comprovação suficiente da existência e do funcionamento interno do referido cartel, a testemunha Augusto Ribeiro Mendonça Neto – colaborador do Ministério Público em virtude de acordo de leniência celebrado perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – apresentou as anotações manuscritas das diversas reuniões ocorridas e planilhas referentes à divisão de obras entre as empresas cartelizadas, submetidas à análise do CADE.

Além disso, como “prova de corroboração” dos depoimentos prestados por réus colaboradores, a sentença considerou terem sido apreendidos documentos na sede da empresa ENGEVIX, relacionados aos anos de 2007 e 2008, os quais, à semelhança daqueles entregues ao CADE por Augusto Ribeiro Mendonça Neto, elencam as empresas relacionadas a determinado certame, e que evidenciariam a suposta escolha da vencedora e a definição das empresas que ofereceriam propostas de cobertura.

No entanto, a despeito do esforço argumentativo do Juízo, cumpre demonstrar que os elementos colacionados aos autos não se prestam à comprovação mínima da existência do suposto cartel enquanto crime antecedente da lavagem. E mais: não indicam, como se provará adiante, a participação de Rogério Cunha nesse crime antecedente.

Não bastasse isso, destaque-se que, mesmo hipoteticamente considerada suficiente tal comprovação, os crimes de cartel e de frustração do caráter competitivo das licitações, nos moldes em que considerados pelo Juízo nestes autos, não podem ser apontados como antecedentes da lavagem em virtude da inexistência de vantagem econômica (lucro) ilícita que pudesse ser submetida ao consequente processo de lavagem.

Por fim, registre-se que todas as datas referidas na documentação apresentada pelo Ministério Público e consideradas pelo Juízo para fundamentar a condenação são anteriores ao início do exercício do cargo de Diretor de Óleo e Gás pelo Recorrente na Mendes Júnior, não havendo como se estabelecer qualquer vínculo entre o acusado e os referidos fatos, uma vez que, como robustamente comprovado, Rogério Cunha encontrava-se residindo e trabalhando, em tempo integral, nas cidades de Porto Alegre/Canoas (RS) e Campinas/Paulínea (SP), como engenheiro de obras da REFAP e REPLAN.

Ademais, é o próprio Augusto Mendonça quem isenta Rogério Cunha da participação no crime de cartel, afirmando que quem comparecia às reuniões seria o Alberto Vilaça, e que nunca deteve contato com o Recorrente em qualquer reunião do grupo.

Diante de tais circunstâncias, passa-se à análise dos argumentos de modo individualizado.

8.1. DA INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS DE COMPROVAÇÃO DO CARTEL E DO AJUSTE FRAUDULENTO DE LICITAÇÕES.

Como já referido, o Juízo *a quo*, quiçá antecipando-se à evidente fragilidade da prova considerada quanto aos supostos crimes antecedentes da lavagem, dedica um extenso trecho da sentença à análise da existência do suposto cartel. Em suma, estabelece a sentença:

192. Em grande síntese, na evolução das apurações foram colhidas provas de um grande esquema criminoso de cartel, fraude, corrupção e lavagem de dinheiro no âmbito da empresa Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás cujo acionista majoritário e controlador é a União Federal.

193. Grandes empreiteiras do Brasil, entre elas a Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, formaram um cartel, através do qual teriam sistematicamente frustrado as licitações da Petrobrás para a contratação de grandes obras.

194. Em síntese, as empresas, em reuniões prévias às licitações, definiram, por ajuste, a empresa vencedora dos certames relativos aos maiores contratos. Às demais cabia dar cobertura à vencedora previamente definida, deixando de apresentar proposta na licitação ou apresentando deliberadamente proposta com valor superior aquela da empresa definida como vencedora.

195. O ajuste propiciava que a empresa definida como vencedora apresentasse proposta de preço sem concorrência real.

196. Esclareça-se que a Petrobrás tem como padrão admitir a contratação por preço no máximo 20% superior à sua estimativa e no mínimo 15% inferior a ela. Acima de 20% o preço é considerado excessivo, abaixo de 15% a proposta é considerada inexecutável. Esses parâmetros de contratação foram descritos cumpridamente em Juízo por várias testemunhas, constando ainda em documentos oficiais da Petrobrás, além de não serem controversos.

197. O ajuste prévio entre as empreiteiras propiciava a apresentação de proposta, sem concorrência real, de preço próximo ao limite aceitável pela Petrobrás frustrando o propósito da licitação de, através de concorrência, obter o menor preço.

198. Além disso, as empresas componentes do cartel pagariam sistematicamente propinas a dirigentes da empresa estatal calculadas em percentual, de um a três por cento em média, sobre os grandes contratos obtidos e seus aditivos.

Especificamente quanto à Mendes Júnior, destaca a sentença que a empreiteira participaria do cartel e, desta forma, teria sido vencedora em licitações, mediante ajuste, em obras contratadas pela Petrobrás; ainda, teria pago propina de cerca de 1% sobre o valor dos contratos e dos aditivos à Diretoria de Abastecimento da Petrobrás comandada por Paulo Roberto Costa.

Assim, reporta-se a sentença a contratos obtidos pela Mendes Júnior, isoladamente ou em consórcio com outras empresas, na Refinaria Presidente Getúlio Vargas/PR – REPAR, na Refinaria de Paulínia/SP – REPLAN, no Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro – COMPERJ, na Refinaria Gabriel Passos/MG – REGAP, no Terminal Aquaviário de Barra do Riacho, em Aracruz/ES, e nos terminais Aquaviários de Ilha Comprida e Ilha Redonda, na Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro/RJ.

Individualizando cada uma das contratações, especifica a sentença:

- (I) **Refinaria Presidente Getúlio Vargas/PR – REPAR:** a obra foi assumida pelo Consórcio formado pelas empresas Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, Setal Oleo e Gás S/A (SOG), e a MPE Montagens e Projetos Especiais S/A (INTERPAR). Para este contrato, a Gerência de Estimativa de Custos e Prazo da Petrobrás estimou o preço em R\$2.076.398.713,04, admitindo a variação entre o mínimo de R\$1.764.938.906,08 e o máximo de R\$2.492.678.455,64.

Foram convidadas dezoito empresas, tendo três apresentado propostas. A menor proposta foi a do consórcio INTERPAR, no valor de R\$2.253.710.536,05. Em seguida, houve negociação do preço com a contratante (Petrobrás), o que levou à celebração do contrato, em **07/07/2008**, por R\$2.252.710.536,05 (8,47% superior ao preço de estimativa da Petrobrás). Assinaram pela Mendes Júnior, como diretores, Sérgio Cunha e Ângelo Alves Mendes. Entre 23/01/2009 e 02/12/2011 o contrato foi aditado dez vezes, atingindo o valor total de R\$2.076.398.713,04.

(II) Refinaria de Paulínia/SP – REPLAN: a obra foi assumida pelas empresas Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, Setal Oleo e Gás S/A (SOG), e a MPE Montagens e Projetos Especiais S/A, em consórcio (CMMS). Para este contrato, a Gerência de Estimativa de Custos e Prazo da Petrobrás estimou o preço em R\$565.068.845,00, admitindo a variação entre o mínimo de R\$480.308.518,25 e o máximo de R\$678.082.614,00. Foram convidadas dezoito empresas, tendo três apresentado propostas, tendo todas superado o valor máximo estimado pela Petrobrás, o que motivou nova licitação. Houve nova revisão da estimativa de preço para R\$593.874.456,00, admitindo variação entre o mínimo de R\$504.793.287,60 e o máximo de R\$712.649.347,20. Novamente foram apresentadas somente três propostas, sendo a menor a do consórcio CMMS, no valor de R\$696.910.620,73. Em seguida, houve negociação do preço com a contratante (Petrobrás), o que levou à celebração do contrato, em **21/07/2007**, por R\$696.910.620,73 (17,34% superior ao preço de estimativa da Petrobrás). Assinaram pela Mendes Júnior, como diretores, Sérgio Cunha e Alberto Elísio Vilaça. Entre 18/12/2009 e 05/12/2011 o contrato foi aditado cinco vezes, atingindo o valor total de R\$951.164.425,46.

(III) Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro – COMPERJ: a obra foi contratada às empresas Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, Construtora Norberto Odebrecht e UTC Engenharia, em consórcio (PPR). Consta dos autos ter havido contratação direta do consórcio após a realização de licitação frustrada por preços excessivos apresentados pelos proponentes (documentos do evento 511). Contudo, como a denúncia não narrou os fatos atinentes ao procedimento licitatório, restou o Juízo impossibilitado de analisá-los com o objetivo de verificar a existência de prova de cartel e ajuste fraudulento de licitações. Para este contrato, a Gerência de Estimativa de Custos e Prazo da Petrobrás estimou o preço em R\$1.614.449.175,00, admitindo a variação entre o mínimo de R\$1.372.281.798,84 e o máximo de R\$1.937.339.010,12. A estimativa foi posteriormente revista para R\$1.655.878.443,59, admitindo

variação entre o mínimo de R\$1.407.496.677,05 e o máximo de R\$1.937.339.010,12. A proposta originária apresentada pelo consórcio PPR foi no valor de R\$1.969.317.341,00. Em seguida, houve negociação do preço com a contratante (Petrobrás), o que levou à celebração do contrato, em **05/09/2011**, por R\$1.869.624.800,00 (cerca de 12% superior ao preço de estimativa da Petrobrás). Assinaram pela Mendes Júnior, como diretores, Rogério Cunha de Oliveira e Vicotorio Duque Semionato. Em 01/07/2013 o contrato foi aditado uma única vez, quando Paulo Roberto Costa não mais ocupava a Diretoria de Abastecimento da Petrobrás.

(IV) **Refinaria Gabriel Passos/MG – REGAP:** a obra foi contratada às empresas Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, Andrade Gutierrez e KTY Consultoria, em consórcio de mesmo nome. Consta dos autos ter havido contratação direta do consórcio após a realização de licitação frustrada por preços excessivos apresentados pelos proponentes (documentos do evento 511). Contudo, como a denúncia não narrou os fatos atinentes ao procedimento licitatório, restou o Juízo impossibilitado de analisá-los com o objetivo de verificar a existência de prova de cartel e ajuste fraudulento de licitações. Para este contrato, a Gerência de Estimativa de Custos e Prazo da Petrobrás estimou o preço em R\$566.420.451,59, admitindo a variação entre o mínimo de R\$481.457.383,85 e o máximo de R\$679.704.541,90. A proposta originária apresentada pelo consórcio foi no valor de R\$847.858.319,72. Em seguida, houve negociação do preço com a contratante (Petrobrás), o que levou à celebração do contrato, em **21/05/2007**, por R\$711.924.823,57 (cerca de 25% superior ao preço de estimativa da Petrobrás). Assinaram pela Mendes Júnior, como diretores, Sérgio Cunha Mendes e Alberto Elísio Vilaça Gomes. Entre 25/04/2008 e 02/12/2010 o contrato foi aditado sete vezes, atingindo o valor final de R\$973.396.656,41.

(V) **Terminal Aquaviário de Barra do Riacho – TABR:** a obra foi ganha pela empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A. Para este contrato, a Gerência de Estimativa de Custos e Prazo da Petrobrás estimou o preço em R\$536.809.380,41, admitindo a variação entre o mínimo de R\$456.287.973,35 e o máximo de R\$644.171.256,49. Foram convidadas dezessete empresas, tendo sete apresentado propostas. A menor proposta foi a da Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A., no valor de R\$493.561.194,26. Em seguida, houve negociação do preço com a contratante (Petrobrás), sem que tenha sido lograda redução de preço, o que levou à celebração do contrato, em **07/07/2008**, pelo valor da proposta (cerca de 10% superior ao preço de estimativa da Petrobrás). Assinou

pela Mendes Júnior, como diretor, Ângelo Alves Mendes. Referido contrato foi aditado vinte e uma vezes.

- (VI) **Terminal Aquaviário de Ilha Comprida – TAIC:** embora tenha sido referido na denúncia como tendo sido celebrado no âmbito da Diretoria de Abastecimento da Petrobrás, é, na realidade, um empreendimento da Transpetro – Dutos e Terminais. Por esta razão, não foi considerado neste processo.

Partindo de tal análise – que basicamente consiste em relatar o transcorrer normal das contratações envolvendo a Mendes Júnior no âmbito da Diretoria de Abastecimento da Petrobrás –, o Juízo fundamenta a existência do cartel em “provas indiretas” e “provas diretas”, a saber:

Provas indiretas: (I) poucas propostas apresentadas; (II) apresentação de propostas não competitivas pelas concorrentes; (III) repetições de resultados das licitações; (IV) falta de inclusão de novas empresas na renovação da licitação; (V) proposta vencedora com preços pouco abaixo do limite máximo; (VI) aditivos que elevam os preços muito acima da estimativa inicial de preços das obras.

Provas diretas: (I) depoimento de empreiteiro participante do cartel e do ajuste, no caso, Augusto Mendonça; (II) depoimentos do intermediador de propina e de um dirigente da Petrobrás, no caso, Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, respectivamente; (III) prova documental consistente em tabelas com indicações das preferências entre as empreiteiras na distribuição dos contratos que convergem com os resultados das licitações, incluindo três que são objeto desta ação.

Pois bem. Com devida vênia aos argumentos apresentados na sentença, passa-se à análise de cada um dos elementos de prova apontados, a fim de demonstrar-se sua insuficiência para comprovação dos delitos de cartel e ajuste fraudulento de licitação como crimes antecedentes à lavagem.

No que tange ao primeiro aspecto apontado como prova indireta – **poucas propostas apresentadas nas licitações promovidas pela Petrobrás** –, desconsidera o Juízo a própria natureza do mercado de contratações da Petrobrás.

De fato, o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ao detalhar o processo de contratação de obras de engenharia pela Petrobrás nestes autos, destaca que antes mesmo dos convites às empresas para participar das licitações, a Petrobrás fazia uma análise prévia

de seus desempenhos técnico em contratos pretéritos, além de colher informações sobre seu perfil econômico-financeiro.

Como destaca o CADE, às empresas que porventura atendessem aos requisitos mínimos estabelecidos pela Comissão de Licitação – tanto em termos técnicos quanto financeiros – eram enviados convites, nos quais era explicitado o escopo dos bens e serviços a serem contratados, sem que fosse divulgado o valor de referência da licitação.

Ora, se o próprio universo de possibilidades em si já era bastante restrito, ainda há que se considerar que nem todas as poucas empresas convidadas a participar das contratações tinham interesse em fazê-lo. Daí, por decorrência lógica, o número de participantes naturalmente não poderia ser expressivo. Tal circunstância por si só, contudo, não é demonstrativo de que haja ajuste prévio ou cartelização entre as empresas envolvidas.

A estrutura do mercado de contratação de obras da Petrobrás, aliás, também explica as “provas indiretas” consistentes em **repetições de resultados das licitações e falta de inclusão de novas empresas na renovação da licitação**. Ora, se o universo de contratação é restrito, é natural que os participantes se repetissem nas contratações da Petrobrás, sem que tal possa ser considerado indicativo de cartelização.

Além disso, a responsabilidade pelos convites não é das empresas licitantes, mas sim da própria contratante. Por óbvio, as empresas convidadas a participar da licitação não têm qualquer ingerência sobre a decisão de convidar mais ou menos participantes ao certame.

Por fim, o Juízo também considerou como “provas indiretas” a existência de **proposta vencedora com preços pouco abaixo do limite máximo e a apresentação de propostas não competitivas pelas empresas concorrentes**.

Antes de mais nada, é imperioso destacar que as empresas licitantes **não tinham qualquer conhecimento sobre o valor tomado por referência pela empresa contratante**, e tal circunstância é reconhecida na própria sentença.

Some-se a isso o fato de que a Petrobrás considerava uma margem de tolerância de preços, como também reconhecido na sentença. Ora, se os preços contratados estavam dentro da margem de tolerância – e em mais de uma ocasião em percentual muito mais próximo do preço estimado mínimo

do que do limite aceitável máximo, como no caso da REPAR (8,74% superior ao preço de estimativa) –, não há ilícito ou fato destoante da normalidade.

Na realidade, a sentença empreende uma generalização desarrazoada e tendente a justificar a premissa que adota desde o princípio, independentemente de qualquer elemento probatório neste sentido: de que as empresas licitantes atuavam em conluio contra a Petrobrás.

Ora, uma análise dos valores referidos na própria sentença não indica qualquer parâmetro objetivo que justifique tal interpretação.

Em síntese, as “provas indiretas” apresentadas pelo Juízo na sentença consistem em conclusões desprovidas de fundamento fático e voltadas única e exclusivamente à justificação do entendimento já previamente adotado independentemente das provas produzidas no processo.

Já em relação às “provas diretas”, tem-se os depoimentos dos colaboradores **Augusto Mendonça**, **Alberto Youssef** e **Paulo Roberto Costa**, além da documentação entregue pelo primeiro e dos documentos apreendidos na sede da ENGEVIX.

Quanto aos primeiros, tem-se que, sozinhos, não podem ser utilizados como prova suficiente para condenação, uma vez que decorrentes de acordos de colaboração premiada (art. 4º, §16, Lei nº. 12.850/2013).

Já em relação aos documentos – tanto os entregues por Augusto Mendonça quanto os apreendidos na sede da Engevix –, aduz, em síntese, a sentença:

323. Além do depoimento, Augusto Mendonça apresentou documentos produzidos nas reuniões de ajuste entre as empreiteiras da distribuição das obras da Petrobrás.

324. Esses documentos foram juntados originariamente no processo 5073441-38.2014.404.7000 (eventos 27, inf1. e 51, apreensão2). Foram disponibilizados às partes conforme despacho do evento 213. Posteriormente, o MPF ainda promoveu a sua juntada diretamente nestes autos (comp3, comp4 e comp5, do evento 397).

325. Entre eles, pela fácil visualização, destacam-se tabelas relativamente às preferências das empreiteiras na distribuição das obras da Petrobrás e que se encontram por exemplo na fl. 7 do aludido arquivo comp3 do evento 397.

327. Como ali se verifica, na tabela, há apontamento, no lado esquerdo, das obras da Petrobrás a serem distribuídas, no topo, do nome das empreiteiras identificadas por siglas, e nos campos que seguem a anotação das preferências de cada uma (com os números 1 a 3, segundo a prioridade de preferência), como um passo para a negociação dos ajustes.

328. Entre as empreiteiras identificadas, encontram-se Mendes Júnior, identificada como 'MJ'.

329. Outra tabela, na fl. 5 do arquivo comp5, evento 397, de título 'investimento previsto na Pb em 2206', revela a preferência da Mendes Júnior e da Andrade Gutierrez para a obra 'HDS Nafta + HDT Nafta + UGH' na REGAP, contrato que de fato, consorciadas também com a KTY, vieram, como visto, a ganhar.

330. Também entre eles de se destacar folha com as regras do funcionamento do cartel redigidas, jocosamente, na forma de um 'campeonato esportivo', este juntado pelo MPF já com a denúncia (evento 1, out140).

331. Documentos similares foram apreendidos na sede da empresa Engevix Engenharia, outra empresa componente do cartel, e que foram juntados originariamente no evento 38, apreensão9, do inquérito 5053845-68.2014.404.7000. Foram juntados por cópia nestes autos no evento 1, arquivo out141.

332. Deles, destaca-se a tabela produzida com as preferências das empreiteiras na distribuição das obras da Petrobrás no COMPERJ – Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro (fl. 13, arquivo out141, evento 1). O documento tem o título 'Lista dos novos negócios COMPERJ'. De forma similar a anterior, na tabela, há apontamento, no lado esquerdo, das obras da Petrobrás no Comperj a serem distribuídas, e, no topo, do nome das empreiteiras identificadas por siglas, e nos campos que seguem a anotação das preferências de cada um (com os números 1 a 3, segundo a prioridade de preferência), como um passo para a negociação dos ajustes.

333. Também, jocosamente, há tabelas nas quais à fixação das preferências é atribuída a denominação de 'bingo fluminense' e às empreiteiras a denominação de 'jogadores' (fls. 2, 3 e 25, arquivo out141, evento 1).

334. Tabelas similares também existem em relação à fixação das preferências nas obras da Petrobrás na Refinaria do Nordeste Abreu e Lima – RNEST (tabela 'Lista Novos Negócios RNEST', fl. 12, arquivo out 141, evento 1).

335. Mas, entre as tabelas mais relevantes, encontra-se a de título 'Lista de compromissos – 28/09/2007' (evento1, out 141, p. 5), na qual, para a obra 'Offsite' na REPAR está anotada a preferência das empreiteiras identificadas pelas siglas 'MJ', 'ST' e 'ME', o que corresponde à Mendes Júnior, Setal e MPE e que, conforme visto, formaram o Consórcio Interpar e de fato ganharam a licitação. Tabela similar encontra-se na p. 17 do mesmo arquivo.

336. Outra tabela relevante, com o título 'Lista de Novos Negócios (Mapão)' (evento 1, out 141, p. 21), aponta para a obra 'HDT Diesel + UGH + DEA + URE' na REGAP a preferência da Mendes Júnior e que, conforme visto, em Consórcio com a Andrade Gutierrez e KTY, de fato ganhou o contrato.

(...)

338. Embora seja possível questionar a autenticidade dos documentos apresentados por Augusto Mendonça, já que ele os forneceu após firmar o acordo de colaboração, os demais similares foram apreendidos coercitivamente na sede da Engevix Engenharia, em 14/11/2014, em cumprimento dos mandados expedidos nos termos da decisão de 10/11/2014 no processo 5073475-13.2014.404.7000 (evento 10 daquele feito). Não foram produzidos, portanto, como decorrência de acordo de colaboração.

339. Infelizmente não foram apreendidas tabelas equivalentes de preferências relativamente a todas as obras licitadas pela Petrobrás.

340. Mas as tabelas apreendidas, que revelam a distribuição de obras na Refinaria Presidente Getúlio Vargas – REPAR, inclusive com o apontamento do contrato

ganho pelo Consórcio Interpar, na REPAG, inclusive com o apontamento do contrato ganho pelo Consórcio Mendes Júnior, Andrade Gutierrez e KTY, na Refinaria do Nordeste Abreu e Lima – RNEST e no Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro – COMPERJ já corroboram, de forma suficiente, as declarações de Augusto Mendonça quanto à existência do cartel e do ajuste fraudulento de licitações entre as empreiteiras.”

No entanto, apesar do esforço argumentativo empreendido na sentença, o que efetivamente se extrai tanto da leitura dos documentos, do relatório do CADE e do teor dos depoimentos prestados **é a recorrente incerteza e contradição quanto ao seu teor e autoria.**

De fato, os documentos apresentados por Augusto Mendonça ao CADE consistem em anotações manuscritas e apócrifas, a grande maioria sem data, cujas “explicações” foram produzidas pelos próprios colaboradores em momento posterior, momento este em que, ressalte-se, era de seu único e exclusivo interesse apresentar “documentos comprobatórios de infrações” à Autoridade Antitruste, em benefício próprio.

Nesse sentido, é de se destacar que Augusto Ribeiro Mendonça Neto, quando ouvido em Juízo, em inúmeras ocasiões não soube precisar a origem de tais documentos, ou declinar quem seriam seus autores. Em mais de uma oportunidade, a testemunha demonstrou insegurança ou desconhecimento sobre a origem e o real teor dos documentos considerados pela sentença como “prova direta” da existência do cartel. Destacam-se, abaixo, os trechos mais relevantes (evento 390):

“1813. Defesa de Ricardo Pessoa: - Boa tarde, senhor Augusto. Pela defesa de Ricardo Pessoa. Eu queria que fosse exibido para a testemunha um documento que está listado, foi por ele entregue no Termo de Colaboração, mas é página 13, Reunião de 29/08. Consta como sendo Foto 1.

1814. Juiz Federal: - o senhor pode olhar esse documento.

1815. Defesa de Ricardo Pessoa: - sim, foi o senhor que juntou esse documento, que ofereceu ao Ministério Público?

1816. Depoente: - foi.

1817. Defesa de Ricardo Pessoa: - foi o senhor que fez esse documento?

1818. Depoente: - não.

1819. Defesa de Ricardo Pessoa: - quem...

1820. Depoente: - foi feito pelo Marcos Berti.

1821. Defesa de Ricardo Pessoa: - Marcos Berti. Eu queria que fosse exibido, o Marcos Berti é o que do senhor?

1822. Depoente: - ele é o nosso diretor comercial.

1823. Defesa de Ricardo Pessoa: - qual empresa:

1824. Depoente: - da SOG.

1825. Defesa de Ricardo Pessoa: - eu queria que fosse exibido também o documento da folha 22. E esse documento da folha 22 que o senhor, foi o senhor também que juntou, que ofereceu ao Ministério Público?

1826. Depoente: - sim.

1827. Defesa de Ricardo Pessoa: - foi o senhor que fez?

1828. Depoente: - não.

1829. Defesa de Ricardo Pessoa: - quem fez?

1830. Depoente: - foi o Marcos Berti.

(...)

1869. Defesa de Ricardo Pessoa: O senhor chegou a ver alguma dessas listas de empresas que deveriam ser chamadas para participar dessa obra da COMPERJ?

1870. Depoente: Não entendi a pergunta.

1871. Defesa de Ricardo Pessoa: As reuniões não definiam, segundo o senhor diz, quais seriam as empresas que deveriam ser chamadas para participar das licitações?

1872. Depoente: Desculpe, eu não entendi a pergunta.

1873. Defesa: Senhor Augusto, boa tarde. O senhor está bom? Sou eu de novo. Só refazendo a minha pergunta, a pergunta do meu colega de forma bem clara.

O senhor chegou a ver alguma lista, fruto dessas reuniões que deliberavam quais empresas deveriam ser convidadas? Essa é a pergunta.

O senhor chegou a ver a lista materializada na sua mão? É essa pergunta.

1874. Ministério Público Federal: Excelência, mas o que se discute aqui...

1875. Defesa: Não, eu estou perguntando se ele viu lá, não agora, não hoje. Por favor.

1876. Ministério Público Federal: Mas...

1877. Juiz Federal: Pode deixar a testemunha responder.

1878. Defesa: Isso.

1879. Juiz Federal: O senhor mencionou que nessas reuniões era definido quem ia participar do certame X ou do certame Y, é isso?

1880. Depoente: Sim.

1881. Defesa de Ricardo Pessoa: O senhor chegou a ver alguma lista?

1882. Juiz Federal: Tinha alguma lista que era produzida, o senhor chegou a ver?

1883. Defesa de Ricardo Pessoa: Pré elaborada?

1884. Depoente: Não. Eu cheguei a ver listas que o meu diretor me trouxe.

1885. Defesa de Ricardo Pessoa: Que o seu diretor lhe trouxe.

1886. Depoente: Isso. Sim. Mas eu não entendi exatamente que tipo de lista. Quem ficaria com...

1887. Defesa de Ricardo Pessoa: Eu já explico para o senhor. Na audiência anterior, num outro processo anexo a esse, o senhor disse que deduzia que havia uma lista. O senhor disse isso claramente.

1888. Juiz Federal: Não, a lista que era entregue ao diretor.

1889. Defesa de Ricardo Pessoa: Que ele deduzia isso.

1890. Defesa: Deduzia isso.

1891. Defesa de Ricardo Pessoa: Isso, ele falou claramente.

1892. Juiz Federal: O senhor sabe se era entregue um documento escrito aos diretores, com qual...

1893. Defesa de Ricardo Pessoa: Ele disse que deduzia, ele já disse isso, está consignado.

1894. Defesa: Talvez agora ele tenha entendido.

1895. Defesa de Ricardo Pessoa: Não, não, na outra audiência...

1896. Juiz Federal: Isso foi reportado na audiência anterior.

1897. Defesa de Ricardo Pessoa: Não, mas eu posso me reportar a ele, a testemunha.

1898. Juiz Federal: Não. Sim. Mas, tem que colocar a pergunta a ele aqui, por favor.

1899. Ministério Público Federal: Fazer o esclarecimento.

1900. Juiz Federal: Não é?

1901. Defesa de Ricardo Pessoa: Claro, claro.

1902. Juiz Federal: Havia uma lista ou documento escrito que era produzido e entregue ao diretor, o senhor tem conhecimento disso?

1903. Depoente: A pergunta é se eu vi. Eu não vi.

(...)

1942. Defesa de Ricardo Pessoa: Aliás, eu tenho uma pergunta que é a seguinte. Quando o senhor foi ouvido pelo Termo de Colaboração, o senhor disse que tinha destruído, e hoje o senhor confirmou a destruição de documentos, o senhor tinha destruído as chamadas “Regras do Clube”.

1943. Depoente: Sim.

1944. Defesa de Ricardo Pessoa: O senhor disse que seriam escritas. Mas depois o advogado do senhor juntou aos autos um papel onde estariam escritas as regras do tal Clube.

1945. Depoente: Sim, juntou.

1946. Defesa de Ricardo Pessoa: De onde apareceu esse papel?

1947. Depoente: Nós acabamos encontrando uma pasta sobre outro assunto essa regra.

1948. Defesa de Ricardo Pessoa: E esse papel que o senhor juntou, quem escreveu?

1949. Depoente: Não sei quem escreveu.

1950. Defesa de Ricardo Pessoa: Esse documento que mostrei, que eu acabei de mostrar aqui pro senhor, de Folhas 14, Foto 2, que é essa tabela que consta o nome da Empresa PROMON, empresa Techinit, quando que isso foi feito, esse documento? Em primeiro lugar, quem fez esse documento?

1951. Depoente: Não sei responder.

1952. Defesa de Ricardo Pessoa: Mas foi o senhor quem juntou, o senhor que apresentou pro Ministério Público.

1953. Depoente: Nós apresentamos, esses documentos estavam em poder do nosso diretor.

1954. Defesa de Ricardo Pessoa: De nome?

1955. Depoente: Marcos Berti. E ele procurou lá dentro de tudo que ele tinha de anotação, referência, e nós juntamos aquilo que nós encontramos.

1956. Defesa de Ricardo Pessoa: Todos esses...

1957. Depoente: Fizemos um descritivo.

1958. Defesa de Ricardo Pessoa: Desculpe.

1959. Depoente: Para cada um desses. Aí não sei responder.

1960. Defesa de Ricardo Pessoa: Foi o senhor Marcos Berti que fez esse descritivo, não é?

1961. Depoente: Sim.

1962. Defesa de Ricardo Pessoa: Todos os documentos que o senhor juntou são do senhor Marcos Berti?

1963. Depoente: Acredito que sim.

1964. Juiz Federal: Mas aí, um esclarecimento. Ele fazia ou ele recebia isso nas reuniões?

1965. Depoente: A grande maioria ele fazia. Alguns foram distribuídos na reunião.

1966. Juiz Federal: O senhor não saberia diferenciar um do outro.

1967. Depoente: É, um dos documentos que tinha as obras da Petrobras, com valor que seriam licitadas, foi distribuído na reunião, por exemplo.

(...)

2021. Defesa de Ricardo Pessoa: Também o senhor juntou esse documento aqui. Aliás, passou da hora, não é? Porque são documentos apócrifos, que não têm assinatura, como o senhor bem disse, mas que estão juntados aos autos como se fossem provas de crimes, vamos lá. Esse documento aí, quem foi que fez esse documento, doutor, senhor Augusto?

2022. Depoente: Provavelmente o Marcos Berti.

2023. Defesa de Ricardo Pessoa: Foi Marcos Berti.

2024. Depoente: Provavelmente.

2025. Defesa de Ricardo Pessoa: Provavelmente. Mas o senhor recebeu da mão de quem, isso? Foi chute?

2026. Juiz Federal: Não, doutor, desculpe, mas aí ele já respondeu.

2027. Defesa de Ricardo Pessoa: Porque se ele recebeu do Marcos Berti, a gente precisa saber.

2028. Depoente: É, eu recebi do Marcos Berti.

2029. Defesa de Ricardo Pessoa: Uma coisa é quem fez, outra coisa é de onde ele recebeu.

2030. Depoente: Do Marcos Berti.

2031. Defesa de Ricardo Pessoa: O senhor recebeu dele mesmo?

2032. Depoente: Sim. Eu não posso dizer que foi ele quem fez esse documento aqui, por exemplo.

2033. Defesa de Ricardo Pessoa: Não...

2034. Juiz Federal: O anterior?

2035. Defesa de Ricardo Pessoa: Foto 3.

2036. Depoente: Foto número 3. Eu não sei se foi ele quem fez.

2037. Defesa de Ricardo Pessoa: Mas o Foto 2, o senhor recebeu da mão dele também?

2038. Depoente: Sim.

2039. Defesa de Ricardo Pessoa: E de folha 23, que não tem outra referência, esse que eu acabei de entregar para o senhor? Folha 23, juntada ao Acordo. Onde começa escrito UDAV, aí tem Mendes, UTC, Queiroz Galvão, Techinit e Andrade. O senhor recebeu da mão do Marcos Berti?

2040. Depoente: Sim.

2041. Defesa de Ricardo Pessoa: O senhor sabe se foi ele quem fez esse documento?

2042. Depoente: Não. Não sei.

(...)

2155. Defesa de Ricardo Pessoa: E o documento de folha 19, que é a Foto 7.

2156. Depoente: Esse documento aqui, ele mostra numa determinada situação a posição das 9 empresas, o que elas tinham de contrato na Petrobras.

2157. Defesa de Ricardo Pessoa: Esse documento também foi feito pelo senhor Marcos Berti?

2158. Depoente: Provavelmente, não. Provavelmente este documento aqui tenha sido distribuído por alguém, a respeito do grupo.

2159. Defesa de Ricardo Pessoa: E “Composição da Carteira”, significa o quê? O que cada obra, o que cada empresa tem?

2160. Depoente: Isso. O que cada empresa tinha de contratos, nesta oportunidade.

2161. Defesa de Ricardo Pessoa: Eu queria que fosse exibido para o senhor Augusto, documento de folha 21, foto 9, também por ele... Não, pode passar.

2162. Juiz Federal: Pode me alcançar o documento, então? Então, nesse documento, foto 9, aqui começa “Real em Negociação. Proposta em Execução. Escolhas.” O primeiro número é 213,60. Mostrado, então, à testemunha.

2163. Defesa de Ricardo Pessoa: Foi o senhor Marcos Berti que fez? Ou é um documento público, um documento da Petrobras?

2164. Depoente: Isso não é um documento da Petrobras. E eu não saberia dizer se foi ele que fez ou se foi alguém que fez e isso foi distribuído.

(...)

2184. Defesa de Ricardo Ribeiro: Pedi para que fosse exibida a testemunha o documento por ele juntado no Acordo de Delação, na folha 20, identificado como foto 8. O senhor conhece esse documento?

2185. Depoente: Sim.

2186. Defesa de Ricardo Ribeiro: Foi feita pelo senhor Marcos Berti?

2187. Depoente: Provavelmente não.

2188. Defesa de Ricardo Ribeiro: O senhor saberia dizer quem fez?

2189. Depoente: Não, não sei. 2190. Defesa de Ricardo Ribeiro: Mais certamente ele sabe?

2191. Depoente: Acredito que também não, talvez isso tenha sido distribuído na reunião.” – Depoimento de Augusto Ribeiro Mendonça Neto, evento 390.

Como se vê, Augusto Ribeiro Mendonça Neto ora desconhece a origem dos documentos, ora os atribui a Marcos Berti.

Marcos Berti, a seu turno, apresenta versões conflitantes acerca da confecção de tais documentos, tendo afirmado perante o Ministério Público Federal (ao aderir ao Termo de Leniência) que tais documentos são de sua autoria e foram produzidos em uma reunião possivelmente ocorrida no ano de 2009; e, perante este Juízo, nos autos da ação penal 5012331-04.2015.4.04.7000, já aduzira que tais documentos não foram produzidos em reuniões ocorridas entre representantes das empreiteiras:

“(...) que sobre os documentos que foram fornecidos pela SOG/SETAL no âmbito do acordo de colaboração celebrado com o MPF, o depoente menciona que as anotações constantes no manuscrito acostado a este termo (documento 3) partiram de seu punho e foram feitas em uma reunião ocorrida possivelmente no ano de 2009; (...)” – Termo de depoimento de Marcos Pereira Berti.

“Ministério Público Federal: no âmbito do acordo de leniência foram apresentadas algumas anotações que foram anexadas à denúncia... eu posso mostrar a ele, excelência? Evento 4, documento 43.

Juiz Federal: Evento 4, documento 43, são aqui... essa folha?

Ministério Público Federal: isso.

Juiz Federal: só essa folha ou a outra também, essa aqui também?

Ministério Público Federal: é, se ele puder identificar a grafia.

Juiz Federal: então eu vou passar aqui essas grafias, uma começa com 17/04/07 e depois 10/05/07, 17/09... pode mostrar lá?

Depoente: sim.

Ministério Público Federal: senhor Berti, eu pediria que o senhor olhasse atentamente se o senhor reconhece essas anotações.

Depoente: a letra é minha, é verdade.

Ministério Público Federal: essas anotações foram feitas em que contexto, senhor Berti?

Depoente: eu não entendi.

Ministério Público Federal: foram feitas na reunião, eram anotações das reuniões, dessas reuniões das empreiteiras?

Depoente: não, acho que não.

Ministério Público Federal: o senhor pode, seguindo as folhas, tem uma folha que está grifada em amarelo mais à frente...

Depoente: é, pode ser, essa PROMIMP, aqui pode ser a reunião de... de coisa,

Juiz Federal: o senhor fala mais alto, por gentileza.

Depoente: pode ser que essa reunião aqui de 2007, 18 de maio, PROMIMP, pode ser que tenha sido numa reunião dessas, reunião de 16 de maio...

Ministério Público Federal: o senhor tomava nota dessas reuniões?

Depoente: às vezes, às vezes eu tomava nota. Porque eu saía da reunião e tinha que fazer um reporte para o Augusto Mendonça. Então, às vezes eu tomava nota, mas agora, aqui, eu não sei se tem alguma coisa.

(...)

Ministério Público Federal: a letra é sua? Não ficou claro.

Depoente: a letra é minha, sim senhor.

Ministério Público Federal: foi feito nesse dia que está anotado aí, essa anotação?

Depoente: aqui está 07 de... 17 de setembro eu acho... eu acho que sim.” –

Depoimento de Marcos Pereira Berti na ação penal 5012331-04.2015.4.04.7000.

Ademais, o Histórico da Conduta elaborado pelo CADE não é capaz de conferir credibilidade aos documentos, justamente porque foi elaborado com base neles. Na realidade, todo o histórico apresentado pelo Conselho é elaborado em face dos documentos e das informações apresentadas por Augusto Ribeiro Mendonça Neto e Marcos Pereira Berti. Logo, o CADE apenas detalhou as informações constantes dos documentos apresentados, documentos estes que, como referido, não apresentam um mínimo de confiabilidade.

O mesmo, aliás, vale também para os documentos de natureza semelhante apreendidos na sede da ENGEVIX: não há identificação de autoria, local de produção, contextualização, nada. Há tão somente a

afirmação – confusa e em diversas oportunidades contraditória – de colaboradores diretamente interessados no feito sobre a sua “suficiência” para a comprovação da existência do suposto cartel.

Sobre a correta identificação de um cartel como prática não concorrencial, cumpre destacar o magistério de Paula Forgioni na obra *Fundamentos do Antitruste*, diferenciando-se a prática colusiva do fenômeno conhecido doutrinariamente como “**paralelismo consciente**”. Segundo destaca a autora:

“Muitas vezes, a identificação do caráter anticoncorrencial de uma prática colusiva é tarefa difícil, pois, ao observar o mercado, o intérprete pode deparar-se com preços semelhantes que decorrem não de um acordo, mas do funcionamento normal daquele setor econômico. **A existência de *price leadership* ou mesmo de comportamento uniforme das empresas não implica necessariamente conluio ou abuso de posição dominante. Ao contrário, a semelhança das estratégias pode ser decorrência de processo normal de competição. A doutrina especializada dá o nome de paralelismo consciente a esse fenômeno, que geralmente ocorre em mercados com reduzido número de agentes.**

Partindo do pressuposto que os agentes econômicos agem racionalmente e visam ao lucro, até que ponto a resposta a uma situação de mercado pode configurar ato ilícito? Em caso de preços semelhantes, deve-se comprovar a existência do acordo para que se possa condenar a prática?

Determinados mercados, por suas características estruturais, são mais propensos à ocorrência do paralelismo consciente. A primeira delas é a existência de elevadas barreiras à entrada de novos *players*, de forma que preços semelhantes e acima dos níveis considerados competitivos não são suficientes para atrair novas empresas. A segunda é o reduzido número de agentes econômicos (i.e., mercado oligopolizado), que permite identificação e veloz reação ao comportamento dos concorrentes.

A título exemplificativo, tomemos um setor com elevadas barreiras à entrada de novas empresas, no qual a clientela é disputada por três agentes econômicos de porte semelhante. Não é de se espantar que a empresa A presuma que, se rebaixar seus preços, B e C, quase que imediatamente, seguirão pela mesma estrada. As três podem não ver vantagem alguma em diminuir o preço de venda, o que as conduziria a uma ‘guerra de preços’ que tende a não ter vencedores.

Conscientes desse fato, os agentes econômicos simplesmente não diminuem seus preços, não compram a briga, porque sabem que isso não os levará ao incremento de seu *market share*. Ao contrário, aumentam, de forma ‘natural’, os preços praticados, sem que qualquer pacto entre eles seja estabelecido; os preços subirão em todo o mercado. Isso porque quando oligopolistas reconhecem sua interdependência e diminuem a concorrência nos preços, os resultados podem assemelhar-se àqueles de um monopolista, procurando maximizar seu proveito. **A constatação do fenômeno do paralelismo consciente traz um dos principais problemas das autoridades antitruste nos dias de hoje: não é possível a condenação dos agentes econômicos por terem agido de forma racional, respondendo a estímulos do mercado, sem que tenham se lançado na prática de qualquer ato ilícito.**

(...)

A realidade demonstra, ainda, ser possível que empresas, na busca do arrefecimento da competição, não deem lugar propriamente a um acordo sobre determinada conduta, mas troquem informações e ajam de maneira tal a catalisar a prática de comportamento orquestrado.

É por essas razões que, para a condenação de agentes econômicos por práticas colusivas, não basta o paralelismo de suas condutas. É necessário que se comprove um *plus*, um elemento adicional, apto a demonstrar que o comportamento dos agentes econômicos no mercado não foi espontâneo (nessa linha, alguns autores afirmam que apenas o paralelismo consciente *plus* seria condenável. O paralelismo consciente *plus* não é propriamente paralelismo consciente, mas prática concertada, ou seja, o comportamento semelhante é acompanhado de elemento que comprova a conduta não espontânea dos agentes econômicos no mercado)²⁰.

No presente caso se verificam facilmente as características estruturais de um mercado propenso ao fenômeno do paralelismo consciente: existência de elevadas barreiras à entrada de novos *players* e reduzido número de agentes econômicos.

De fato, como explicita o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica ao detalhar o processo de contratação de obras de engenharia pela Petrobrás, **apenas poderiam participar das licitações as empresas convidadas pela Estatal, que mantinha um cadastro de Certificados de Registro e Classificação Cadastral (CRCC)**, que consistem em notas técnicas atribuídas às empresas de acordo com o seu desempenho técnico e contratos pretéritos e em informações sobre seu perfil econômico-financeiro. Como destaca o próprio CADE, às empresas que porventura atendessem aos requisitos mínimos estabelecidos pela Comissão de Licitação – tanto em termos técnicos quanto financeiros – eram enviados convites, nos quais era explicitado o escopo dos bens e serviços a serem contratados, sem que fosse divulgado o valor de referência da licitação. Atente-se:

“IV.2.1. Breve explicação sobre o processo de contratação pela Petrobrás

117. Os signatários esclarecem – em linhas gerais – como ocorria o processo de contratação de bens e serviços no âmbito da Petrobrás. A Petrobrás, via de regram divulga seu Planejamento Estratégico, que contém os principais objetivos – e as respectivas necessidades de investimento – relativos à atuação da empresa em diversas áreas, tais como Produção e Exploração e Abastecimento. O detalhamento de tal planejamento é consolidado no Plano de Negócios e Gestão, que lista os principais investimentos que a empresa se propõe a realizar no curto e médio prazos, indicando quais serão os bens e serviços a serem contratados em determinado período. No entanto, a experiência dos signatários mostra que tal planejamento é flexível: em outras

²⁰ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 350/353.

palavras, alguns investimentos ali descritos podem ser postergados, bem como outros – ali não indicados – podem ser priorizados, com base na análise de mercado realizada pela Petrobrás.

118. Após a definição de prioridade de determinado investimento – aprovado pela Diretoria Executiva de empresa – a diretoria finalística responsável pela área (ou seja, Exploração e Produção; Abastecimento; Gás e Energia) demandava à Diretoria de Serviços e Engenharia a preparação do certame licitatório para contratação dos bens e serviços, momento em que era nomeada a comissão de licitação, composta por funcionários da Diretoria de Serviços e Engenharia e da Diretoria demandante da licitação. Era como se a diretoria finalística fosse um cliente dentro da Petrobrás, e a Diretoria de Serviços e Engenharia era o próprio órgão licitante.

119. A partir de tal momento, as equipes da diretoria finalística e da Diretoria de Serviços e Engenharia passavam a atuar conjuntamente, de modo a detalhar a demanda – em termos de características técnicas e fundamentais –, de forma a balizar o orçamento estimado dos bens e serviços a serem contratados. Uma vez finalizada tal fase – que podia ter como insumo do FEED previamente contratada – a Comissão de Licitação passava à avaliação das empresas que já possuíam relação comercial com a empresa. Em tal cadastro, são consolidados os Certificados de Registro e Classificação Cadastral (CRCC), que consistem em notas técnicas atribuídas às empresas de acordo com o seu desempenho técnico e contratos pretéritos e em informações sobre seu perfil econômico-financeiro.

120. Às empresas que porventura atendessem aos requisitos mínimos estabelecidos pela Comissão de Licitação – tanto em termos técnicos quanto financeiros – eram enviados convites, nos quais era explicitado o escopo dos bens e serviços a serem contratados, sem que fosse divulgado o valor de referência da licitação.” – Histórico da Conduta, evento 861.

Além do CADE, também as testemunhas ouvidas no processo se referem ao cadastro de empresas mantido pela Petrobrás, principal filtro de acesso ao mercado em questão (obras de engenharia a serem licitadas pela Estatal):

“1731. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: Em consórcio? O senhor tem conhecimento que na Petrobras tem um cadastro que corresponde a uma sigla CRCC?

1732. Depoente: Sim.

1733. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: Para convocar para licitação, em regra é indispensável que a empresa esteja no cadastro, com a pontuação solicitada, exigida pela Petrobras para o tipo de obra que vai ser realizada. Correto?

1734. Depoente: Correto”. – Depoimento de Augusto Mendonça (Evento 390).

“1024. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: Não teve conhecimento. O senhor tinha conhecimento que na Petrobras havia um cadastro das empresas, por setor, com pontuação, que tinha lá uma sigla, CRCC?

1025. Depoente: Sim.

1026. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: Teve conhecimento de uma outra sigla sobre cadastro chamada PROJEF?

1027. Depoente: PRÓ?

1028. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: P.R.O.J.E.F.
1029. Depoente: Não.
1030. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: Não. Mas o CRCC o senhor sabia.
1031. Depoente: CRCC é uma coisa muito antiga na Petrobras.” – Depoimento de Júlio Camargo (Evento 390).

Além do cadastro propriamente dito – que já reduzia consideravelmente o número de agentes econômicos aptos a participar das licitações –, a Petrobrás também mantinha um canal de comunicação com o mercado a fim de avaliar sua capacidade diante da necessidade da empresa. Como relata Augusto Ribeiro Mendonça Neto em seu depoimento, “é muito comum a Petrobras não só divulgar, como discutir com empresas, com associações, para analisar a capacidade do mercado de suprir a necessidade”. Observe-se:

- “2132. Depoente: Sim, sei. A foto número 4 e número 5 é uma previsão de licitações a serem realizadas, onde na coluna número 1 nós temos a refinaria, na 2 qual a unidade da refinaria, na 3 a capacidade, na 4 o início de execução da construção, na 5 a data prevista de partida da unidade, na 6 o tipo de contratação.
2133. Defesa de Ricardo Pessoa: Isso aqui também, esse documento o senhor sabe se também foi feito pelo senhor Marcos Berti?
2134. Depoente: Esse documento foi feito pela própria Petrobras.
2135. Defesa de Ricardo Pessoa: Tem um código embaixo, no pé direito do documento. O senhor reconhece esse código?
2136. Depoente: Eu acredito que seja da Petrobras.
2137. Defesa de Ricardo Pessoa: É um documento público?
2138. Depoente: Acredito que sim.
2139. Defesa de Ricardo Pessoa: Essas informações são sigilosas?
2140. Depoente: Não. Não são sigilosas.
2141. Defesa de Ricardo Pessoa: Não. Informações que qualquer pessoa do mercado...
2142. Depoente: Eu não diria que qualquer pessoa do mercado, mas a Petrobras quando tem o seu plano de negócios, é muito importante que ela saiba qual a capacidade que o mercado vai ter para responder a essa demanda. Então, é muito comum a Petrobras não só divulgar, como discutir com empresas, com associações, para analisar a capacidade do mercado de suprir a necessidade. Talvez isso aqui tenha sido uma coisa distribuída até pela própria Petrobras.
2143. Defesa de Ricardo Pessoa: Porque há um risco de as empresas não comportarem todas essas obras?
2144. Depoente: Sim. Empresas, fornecedores de equipamentos, toda a cadeia que forma o escopo.
2145. Defesa de Ricardo Pessoa: Certo.
2146. Depoente: É uma preocupação. Não sei se existe o risco de as empresas não...
2147. Defesa de Ricardo Pessoa: É que o senhor está explicando uma coisa nova, eu só queria entender.
2148. Depoente: Isso, isso.

2149. Defesa de Ricardo Pessoa: Ela discute com as empresas, “olha, eu vou licitar tais obras, com tal capacidade, a data de partida e o tipo de contrato”, e ela começa a saber do mercado, olha, será que as empresas vão conseguir atender a isso?

2150. Depoente: Isso, exato.

2151. Defesa de Ricardo Pessoa: Certo.

2152. Depoente: Isso em algumas situações.

2153. Defesa de Ricardo Pessoa: Ok.” – Depoimento de Augusto Mendonça (Evento 390).

Ora, tanto a manutenção do cadastro referido como CRCC – que representa uma barreira ao acesso de novos *players* no mercado – quanto o alto custo das obras – a ponto de ser necessária uma investigação por parte da empresa sobre a capacidade de resposta do mercado – **reduz consideravelmente a quantidade de agentes econômicos aptos, gerando um mercado propenso à verificação do paralelismo consciente.**

E, como observa com acerto Paula Forgioni, o paralelismo consciente, por si só, não constitui infração à ordem econômica – e muito menos conduta criminosa. É preciso, como sublinha a autora, um *plus*, ou seja, a comprovação de que a conduta dos agentes econômicos no mercado não é espontânea, mas sim dirigida à restrição da concorrência. **E esta prova, sublinhe-se, não é apresentada, nem mesmo de forma indiciária.** Não há absolutamente nada que demonstre acerto entre os agentes econômicos com vista à restrição da concorrência, com exceção dos documentos apócrifos e descontextualizados apresentados por colaboradores com interesse direto e específico no resultado do processo.

Apesar disso, o magistrado na sentença considerou “irrelevante” a discussão acerca do domínio econômico pela Petrobrás do mercado de Óleo e Gás. De acordo com o item 355 da sentença, “ainda que tivesse o domínio do mercado, resta claro que as principais empreiteiras e fornecedoras da Petrobrás reuniram-se entre si e ajustaram fraudulentamente as licitações da Petrobrás, prejudicando o mercado e a lisura dos certames, o que basta à configuração dos crimes do art. 4º, I, da Lei nº. 8.137/1990 e do art. 90 da Lei nº. 8.666/1993”.

Ora, como amplamente demonstrando acima, nenhuma das provas diretas ou indiretas apontadas pelo Juízo na sentença é suficiente ou corrobora os únicos elementos verdadeiramente valorados pelo Juízo – o conteúdo dos depoimentos prestados por réus colaboradores e interessados em provar a tese ministerial. Não há, efetivamente, nada que suporte a conclusão do Juízo quanto à existência de fato do suposto cartel, bem como do alegado ajuste entre as empreiteiras em tese dele participantes.

Desta forma, não restando comprovada – ainda que minimamente – nem a existência do cartel nem a realização de ajuste entre as empresas com o objetivo de frustrar procedimentos licitatórios, impõe-se o reconhecimento da atipicidade do crime tipificado na Lei nº. 9.613/98 em face da ausência de crime antecedente à lavagem, com fulcro no art. 386, II, do CPP, desde já prequestionado.

Outrossim, prequestionado o art. 4º, §16, da Lei 12.850/2013, que espera seja analisado no julgamento deste Recurso, evitando-se futura interposição de embargos aclaratórios.

8.2. DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CARTEL E CRIMES LICITATÓRIOS COMO ANTECEDENTES À LAVAGEM DE DINHEIRO. INEXISTÊNCIA DE PROVEITO ECONÔMICO.

Não bastasse a ausência de comprovação mínima de crime antecedente à lavagem – circunstância que torna atípica a acusação e não pode ser superada –, os crimes de cartelização e ajuste fraudulento de licitações, nos moldes em que descritos na sentença, não podem ser apontados como delitos antecedentes à lavagem, uma vez que não geram proveito econômico apto ao posterior branqueamento.

Sobre a necessidade de proveito econômico obtido com a infração antecedente para a caracterização da lavagem, traz-se à colação a doutrina de José Paulo Baltazar Jr.:

“A LD pode ser conceituada como atividade de desvinculação ou afastamento do dinheiro de sua origem ilícita para que possa ser aproveitado. **A criação desse tipo penal parte da ideia de que o agente que busca proveito econômico na prática criminosa precisa disfarçar a origem dos valores, ou seja, desvincular o dinheiro da sua procedência delituosa e conferir-lhe uma aparência lícita a fim de poder aproveitar os ganhos ilícitos, considerado que o móvel de tais crimes é justamente a acumulação material.** Essa tentativa de disfarçar a origem ilegal sempre acompanhou a prática criminosa, tendo apenas se tornando, contemporaneamente, mais sofisticada (Morris: 37). O dinheiro em espécie é difícil de ser guardado e manuseado, apresenta grande risco de furto ou roubo (Blanco Cordero: 218; Callegari, 2002: 48) além de chamar a atenção em negócios de alto valor, daí surgindo a necessidade de lavagem (Pitombo: 42). **É característica da lavagem, então, que os crimes antecedentes produzam lucros,** sendo exemplos claros o tráfico ilícito de drogas e a corrupção.
(...)”

A grande crítica feita ao legislador é não ter incluído os crimes contra a ordem tributária como antecedente da lavagem (Silva: 20). O fundamento da omissão é que no próprio crime de LD está contida a ideia de que no crime antecedente haja algum proveito econômico, ou seja, que o agente agregue patrimônio. Nos crimes contra a ordem tributária, o sujeito ativo não agrega patrimônio de forma direta, ao menos na sonegação por omissão de receita, quando o agente deixa de pagar, mas não aumenta o patrimônio. Nesse sentido, a sonegação produz dinheiro negro, mas não dinheiro sujo.”²¹

No mesmo sentido, destaca-se o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em acórdão lavrado no curso do presente ano:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. INTERESSE RECURSAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. ALTERAÇÃO DO FUNDAMENTO. EFEITOS CIVIS DIRETOS. LAVAGEM DE CAPITAIS. ART. 1º, §4º, DA LEI 9.613/98. ABSOLVIÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. 1. Há interesse recursal objetivando a alteração do fundamento da sentença absolutória quando disso resultar efeitos civis diretos. **2. A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS TEM POR ANTECEDENTE NECESSÁRIO A PRÁTICA DE UMA INFRAÇÃO PENAL APTA A GERAR O PROVEITO ECONÔMICO**, INICIANDO-SE O SEU ITER COM A OCULTAÇÃO DOS VALORES ILICITAMENTE AUFERIDOS, PROSSEGUINDO COM A DISSIMULAÇÃO DA ORIGEM DOS BENS, E SE COMPLETANDO PELA REINserÇÃO DO CAPITAL NA ECONOMIA FORMAL COM APARÊNCIA LÍCITA. 3. O mero proveito econômico do produto do crime não configura lavagem de dinheiro. Considerando-se que houve a inserção dos recursos auferidos ilicitamente na própria contabilidade da empresa, não se verifica a intenção de ocultação de valores, porquanto o produto do crime não se afastou de sua origem ou teve dissimulada sua qualidade. 4. O eg. Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que o delito de facilitação ao descaminho consuma-se na mesma ocasião em que se consumou o contrabando ou descaminho, que contou com infração de dever funcional para seu êxito. (...) 9. Provimento das apelações de DALTON JUARES HECHT e CESÁRIO AUGUSTO ALCÂNTARA FERREIRA, com alteração do fundamento da sentença, absolvê-los com fulcro no art. 386, IV, CPP. (TRF1. ACR - APELAÇÃO CRIMINAL – 00007913620024013200. TERCEIRA TURMA. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO. e-DJF1 DATA:30/01/2015 PAGINA:503)

No caso do suposto cartel, é certo aduzir que não há proveito econômico obtido, o qual poderia, posteriormente, ser objeto do delito de lavagem. Tal fato, inclusive, não escapa à percepção do Juízo, o qual tenta,

²¹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 811-816.

na sentença, contornar o impedimento afirmando que as propostas ofertadas pelos integrantes do dito cartel eram acordadas em valor próximo ao limite máximo de 20% do valor da obra.

Nesse sentido, o Juízo aponta o teor do Histórico de Conduta apresentado pelo CADE e os depoimentos prestados nos autos, insistindo na afirmação de que os preços das concorrências estariam artificialmente inflacionados.

Registre-se, em contrapartida, que o próprio representante do Ministério Público Federal questionou à testemunha Augusto Ribeiro Mendonça (colaborador da Acusação) se o objetivo do suposto cartel era o aumento de preços, tendo este respondido peremptoriamente que **não**:

“1445. Ministério Público Federal: - o objetivo do ‘Campeonato Esportivo’ consta no item 2 do manual como a obtenção de recordes e a melhoria dos prêmios. Isso seria a obtenção de preços maiores para as empresas?

1446. Depoente: - não, acho que o caso seria a obtenção de contratos.

1447. Ministério Público Federal: - contratos? Cita-se também nesse documento que...

1448. Depoente: - esse, **esse grupo não tinha a intenção, ou não tinha o objetivo de melhoria de preço**, não era uma discussão do...

(...)

1588. Ministério Público Federal: - havia por parte desses diretores, quando observado o pagamento das vantagens que foram definidas, uma propensão a auxiliar aquela empresa na execução do contrato? Digo isso em relação a aditivos, em relação a pagamentos por medições em relação, digamos, ao trâmite burocrático da licitação? Da execução do contrato?

1589. Depoente: - não.

1560. Ministério Público Federal: - não havia?

1591. Juiz Federal? – não havia? Foi isso que o senhor falou? É porque o senhor falou um pouquinho baixo.

1592. Depoente: - não, não havia, não havia o compromisso e acredito que não havia a ação também, pelo menos que eu conheça.

1593. Juiz Federal: - eu vou pedir para o senhor falar um pouquinho mais alto. Sei que está cansativo, mas eu peço para falar mais alto.

1594. Ministério Público Federal: - a vantagem que as empresas tinham com esse pagamento, quais seriam as vantagens que as empresas tinham com esse pagamento de valores para os ex-diretores?

1595. Depoente: - acho que a única vantagem de fato que a empresa tinha era de que ele não iria atraparalhar o contrato, isso era uma coisa quase que obrigatória. As conversas sobre isso eram impositivas, principalmente pelo lado do Janene.

1596. Ministério Público Federal: - e não era uma vantagem a questão das listas?

1597. Depoente: - sim, como contrapartida eles precisavam de alguma forma garantir que as empresas seriam adjudicadas com os contratos.

1598. Ministério Público Federal: - e faziam isso por meio das listas?

1599. Depoente: - exatamente por meio da restrição às convidadas;

(...)

2285. Defesa de Ricardo Ribeiro: O senhor também fez menção ao fato de que a Petrobrás, não, perdão, que o grupo, o dito clube, não tinha objetivo de melhorar preço. O senhor confirma isso?

2286. Depoente: Sim. Essas reuniões não tinham como objetivo aumentar o preço de venda.

2287. Defesa de Ricardo Ribeiro: Elas tinham como objetivo, de certa forma, o de proteger as empresas de uma concorrência predatória entre elas?

2288. Depoente: Sim.” – depoimento de Augusto Ribeiro Mendonça Neto (Evento 390).

Além disso, tanto a prova testemunhal quanto o histórico do CADE evidenciam que o preço ofertado não era o preço definitivo:

“1731. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: Em consórcio? O senhor tem conhecimento que na Petrobras tem um cadastro que corresponde a uma sigla CRCC?

1732. Depoente: Sim.

1733. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: Para convocar para licitação, em regra é indispensável que a empresa esteja no cadastro, com a pontuação solicitada, exigida pela Petrobras para o tipo de obra que vai ser realizada. Correto?

1734. Depoente: Correto.

1735. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: Depois que a empresa vence uma licitação com uma proposta apresentada, a Petrobras convoca a empresa para negociar o valor dessa proposta? Exige da empresa que abra o seu demonstrativo de formação de preço?

1736. Depoente: Sim.

1737. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: Em geral, o valor da proposta...

1738. Depoente: Só para corrigir.

1739. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: Pois não.

1740. Depoente: Abre o demonstrativo de preço, e em geral, talvez uma boa parte das vezes, chama para negociar.

1741. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: Sim. E essa negociação é feita com equipe técnica da Petrobras e equipe técnica da empresa contratada ou do consórcio contratado?

1742. Depoente: Sim.

1743. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: Isso é objeto de atas?

1744. Depoente: Sim.

1745. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: Tem relatórios sobre essa negociação.

1746. Depoente: Sim.

1747. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: Muitas vezes o valor do contrato acaba sendo um valor menor do que o da proposta vencedora?

1748. Depoente: Sim. O objetivo sempre é reduzir.” – depoimento de Augusto Ribeiro Mendonça Neto (Evento 390).

“IV.2.1. Breve explicação sobre o processo de contratação pela Petrobrás

117. Os signatários esclarecem – em linhas gerais – como ocorria o processo de contratação de bens e serviços no âmbito da Petrobrás. A Petrobrás, via de regram divulga seu Planejamento Estratégico, que contém os principais objetivos – e as respectivas necessidades de investimento – relativos à atuação da empresa em diversas áreas, tais como Produção e Exploração e Abastecimento. O detalhamento de tal planejamento é consolidado no Plano de Negócios e Gestão, que lista os principais investimentos que a empresa se propõe a realizar no curto e médio prazos, indicando quais serão os bens e serviços a serem contratados em determinado período. No entanto, a experiência dos signatários mostra que tal planejamento é flexível: em outras palavras, alguns investimentos ali descritos podem ser postergados, bem como outros – ali não indicados – podem ser priorizados, com base na análise de mercado realizada pela Petrobrás.

118. Após a definição de prioridade de determinado investimento – aprovado pela Diretoria Executiva de empresa – a diretoria finalística responsável pela área (ou seja, Exploração e Produção; Abastecimento; Gás e Energia) demandava à Diretoria de Serviços e Engenharia a preparação do certame licitatório para contratação dos bens e serviços, momento em que era nomeada a comissão de licitação, composta por funcionários da Diretoria de Serviços e Engenharia e da Diretoria demandante da licitação. Era como se a diretoria finalística fosse um cliente dentro da Petrobrás, e a Diretoria de Serviços e Engenharia era o próprio órgão licitante.

119. A partir de tal momento, as equipes da diretoria finalística e da Diretoria de Serviços e Engenharia passavam a atuar conjuntamente, de modo a detalhar a demanda – em termos de características técnicas e fundamentais –, de forma a balizar o orçamento estimado dos bens e serviços a serem contratados. Uma vez finalizada tal fase – que podia ter como insumo do FEED previamente contratado – a Comissão de Licitação passava à avaliação das empresas que já possuíam relação comercial com a empresa. Em tal cadastro, são consolidadas os Certificados de Registro e Classificação Cadastral (CRCC), que consistem em notas técnicas atribuídas às empresas de acordo com o seu desempenho técnico e contratos pretéritos e em informações sobre seu perfil econômico-financeiro.

120. Às empresas que porventura atendessem aos requisitos mínimos estabelecidos pela Comissão de Licitação – tanto em termos técnicos quanto financeiros – eram enviados convites, nos quais era explicitado o escopo dos bens e serviços a serem contratados, sem que fosse divulgado o valor de referência da licitação.

121. Ocorre que, conforme ser verá ao longo da descrição deste Histórico da Conduta, essa prerrogativa da diretoria finalística e da Diretoria de Serviços de escolher as empresas que eram convidadas para o certame foi utilizada como importante ferramenta para a viabilidade do cartel. Tanto foi assim que os signatários esclarecem que, para a implementação da conduta, era importante que os dois diretores à época – o diretor da Área de Engenharia e Serviços da Petrobrás, Renato Duque, e o Diretor de Abastecimento da Petrobrás, Paulo Roberto Costa – recebessem previamente do ‘grupo’ de empresas a lista daquelas que deveriam ser convidadas para participar dos certames. Apenas as convidadas poderiam participar dos certames, sendo que as empresas convidadas já haviam combinado previamente quais delas seriam vencedoras e quais apresentariam propostas de cobertura.

122. Essa lista, de acordo com A. R. M. N. (Representante Comercial da SOG), era entregue pelo coordenador do ‘Grupo’, Ricardo Ribeiro Pessoa (Acionista da UTC), aos dois diretores da Petrobrás. Assim, o propósito da lista era fazer com que a combinação entre as empresas não fosse apenas parcial, mas sim, plenamente efetiva e sem surpresas, decorrentes da participação de outras empresas não pertencentes ao acordo.

123. Após a apresentação das propostas técnicas e de preço pelas empresas convidadas, a Comissão de Licitação passava à fase de análise. Caso fossem atendidos os parâmetros técnicos, os orçamentos apresentados eram analisados e classificados. Nesse momento, a Comissão aplicava a regra 20/15: em outras palavras, quaisquer propostas que tivessem valor superior a 20% ou inferior a 15% do valor de referência da Petrobrás, eram desclassificadas em um primeiro momento, cabendo às empresas justificarem a racionalidade técnica e financeira dos valores.

124. Caso nenhuma empresa apresentasse proposta com valor dentro do intervalo considerado adequado pela Petrobrás, a licitação era cancelada, sendo realizado novo certame (“rebid”), oportunidade na qual poderiam, inclusive, ser convidadas empresas que não participaram da primeira rodada. Conforme se verá ao longo da descrição deste Histórico da Conduta, a Petrobrás por diversas vezes realizou ‘rebid’ para tentar reduzir o valor das propostas apresentadas pelas empresas.

125. Em outras hipóteses, mesmo que o preço apresentado pelas empresas/consórcios estivesse de acordo com o valor de referência da licitação, a Petrobrás as convidava para negociar, novamente para tentar reduzir o valor das propostas apresentadas pelas empresas.

126. Finalmente, uma vez aprovada a proposta técnica e o orçamento, era assinado o contrato com a empresa selecionada.

(...) – Histórico da Conduta (evento 861).

Ora, é fácil perceber que a Petrobrás exercia um controle rigoroso sobre os preços ofertados pelas empresas concorrentes, de modo que não era viável o superfaturamento insinuado – e não provado – pelo Ministério Público Federal. Como registrado no depoimento acima reproduzido de Augusto Mendonça, a Petrobrás exigia da vencedora a abertura do demonstrativo da formação de preço, controlando a veracidade dos valores utilizados como base para a proposta.

A despeito disso, o Juízo considera laconicamente na sentença ser “desnecessário especular se houve ou não superfaturamento das obras”. Destaque-se:

“348. Em imputação de crimes de lavagem, tendo por antecedentes os crimes do art. 4º, I, da Lei nº. 8.137/1990 e do art. 90 da Lei nº. 8.666/1993, de todo impertinente averiguar se houve ou não superfaturamento dos contratos.

349. Não há nenhuma prova de que as estimativas de preço da Petrobrás estivessem equivocadas.

350. Apesar disso, como as empreiteiras impediram, mediante crime, a concorrência real, nunca será possível saber os preços de mercado das obras na época.

351. É certo, porém, que a Petrobrás estimou as obras em valor bastante inferior ao das propostas vencedoras, em uma delas até 17% a menos, o que é bastante significativo em contratos de bilhões de reais.”

Além disso, em relação a quatro dos seis contratos referidos na denúncia, o próprio Juízo reconhece que **“não se pode afirmar que foram obtidos mediante cartel e ajuste fraudulento das licitações”**. Destaque-se:

“357. Então, em conclusão deste tópico, **quanto aos contratos relativos ao Consórcio PPR no COMPERJ, ao Consórcio Mendes Jr, Andrade Gutierrez e KTY Consultoria na REGAP, à construção do píer do novo Terminal Aquaviário de Ilha Comprida (TAIC) e à construção do píer do Terminal Aquaviário de Barra do Riacho (TABR), de se concluir que, pelo menos neste feito e diante das limitações de cognição impostas, não se pode afirmar que foram obtidos mediante cartel e ajuste fraudulento as licitações**. Entretanto, quanto aos contratos relativos ao Consórcio Interpar e Consórcio CMMS, há provas muito significativas de que foram obtidos mediante cartel e ajuste fraudulento de licitações.”

Como se vê, jamais existiu cartelização de empresas com objetivo de superfaturamento de preços. Na realidade, se de fato existiu algum acordo entre as empresas – o que se admite apenas a título argumentativo –, tal acordo se deu com o único objetivo de evitar a concorrência predatória entre as próprias empresas, e não com o intuito de auferir renda injustificada através da Petrobrás, como, aliás, registrou Augusto Mendonça em seu depoimento.

Aliás, sobre a possibilidade de cartelização com o objetivo de eliminação de concorrência ruínosa, revertendo-se em prol da coletividade, Paula Forgioni observa:

“Um dos principais argumentos favoráveis aos cartéis é que visam a eliminar a concorrência ruínosa (cutthroat competition), predatória, destrutiva, prejudicial não somente às empresas, mas também a toda coletividade. (...) O cartel pode implicar a neutralização da força da oferta e da procura sobre a formação dos preços (que passarão a ser determinados por acordo entre os concorrentes), mantendo-os estáveis. Por essa razão, **já foi sustentado que o cartel, significando estabilidade dos preços, implica o aumento do grau de previsibilidade, de forma a propiciar aos agentes econômicos a planificação de seus investimentos e produtividade, revertendo-se a cartelização a favor da coletividade**. Ademais, aumenta a força dos agentes econômicos para negociar com seus fornecedores (countervailing power, na terminologia empregada por Galbreith) e, dependendo do caso concreto, isso pode significar limitação do poder econômico de outros agentes.”²²

²² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 343.

Ora, se a contratação era feita dentro da economicidade esperada pela própria Petrobrás (como reconhece própria sentença, no item 349: “Não há nenhuma prova de que as estimativas de preço da Petrobrás estivessem equivocadas”), **não há que se falar, por óbvio, em lucro ilícito que possa ser objeto de posterior lavagem.** Os contratos foram celebrados pelos preços de mercado e executados em sua integralidade dentro da programação contratada, sendo, portanto, os pagamentos provenientes de origem lícita e conhecida.

Neste ponto, cumpre deixar consignado que na tabela de fls. 92/264 de suas alegações finais o Ministério Público Federal aponta quatro contratos que teriam sido celebrados em valores muito próximos à margem máxima de tolerância de preço da Petrobrás, como forma de insinuar um superfaturamento dos valores. Convenientemente, porém, o *Parquet* omite o contrato da obra Terminal Aquaviário Barra do Riacho, **no qual o valor apresentado e contratado era bem abaixo do valor estimado pela Petrobrás antes da licitação.**

Ora, basta que o valor de um único contrato se mostre abaixo da quantia estimada (e mantida em sigilo) pela Petrobrás, para jogar por terra a alegação de que o suposto cartel promoveria o aumento do valor contratado.

Deve-se registrar, nesse sentido, a propositada omissão ministerial em mencionar esse contrato, quando cita, um a um, os demais contratos às fls. 92 de suas alegações.

Ademais, os valores consignados pelo Ministério Público na referida tabela são os valores **das propostas**, e não os valores da celebração propriamente dita. Como já dito, mesmo após a apresentação das propostas era realizada negociação direta entre a Petrobrás e a empresa com melhor preço, o que reduzia sensivelmente o valor das contratações.

Conforme reiteradamente narrado pelas testemunhas dos autos, as empresas não tinham acesso às informações sigilosas da Petrobrás e estavam sujeitas à desclassificação do certame acaso não apresentassem propostas a preço de mercado. Neste ponto, destaca-se os seguintes trechos do depoimento de Augusto Ribeiro Mendonça e do Histórico da Conduta do CADE:

“1856. Depoente: Não era uma regra cartesiana. Primeiro, nem tudo o que as empresas discutiam no âmbito desse grupo dava certo. Discutiam-se coisas que não iam ser contratadas, que acabavam não saindo. Existiam situações onde não existia acordo. As empresas, dentro do grupo,

conversavam, porém fora do grupo eram concorrentes e como concorrentes se comportavam. De modo que, nem tudo que se discutia lá tinha sucesso. Em muitas situações, a Petrobras incluía outras empresas, porém eram empresas que podiam não representar risco ou eram empresas que, de uma certa forma, iam se compor com as empresas que faziam parte do grupo.

1857. Defesa de Ricardo Pessoa: Especificamente nas obras do COMPERJ. A Petrobras chamou outras empresas para participar dessas licitações?

1858. Depoente: Sim, chamou.

1859. Defesa de Ricardo Pessoa: E essas empresas ganharam essas licitações?

1860. Depoente: Sim. Nesta fase, a Petrobras estava reclamando dos preços que estavam sendo praticados, e tomou a decisão de chamar outras empresas, principalmente de menor porte, com muito pouco conhecimento de Petrobrás para participar dessas licitações. E essas empresas ganharam depois várias licitações, com preços inexecutáveis.” – depoimento de Augusto Ribeiro Mendonça Neto (Evento 390).

“IV.2.1. Breve explicação sobre o processo de contratação pela Petrobrás

117. Os signatários esclarecem – em linhas gerais – como ocorria o processo de contratação de bens e serviços no âmbito da Petrobrás. A Petrobrás, via de regram divulga seu Planejamento Estratégico, que contém os principais objetivos – e as respectivas necessidades de investimento – relativos à atuação da empresa em diversas áreas, tais como Produção e Exploração e Abastecimento. O detalhamento de tal planejamento é consolidado no Plano de Negócios e Gestão, que lista os principais investimentos que a empresa se propõe a realizar no curto e médio prazos, indicando quais serão os bens e serviços a serem contratados em determinado período. **No entanto, a experiência dos signatários mostra que tal planejamento é flexível: em outras palavras, alguns investimentos ali descritos podem ser postergados, bem como outros – ali não indicados – podem ser priorizados, com base na análise de mercado realizada pela Petrobrás.**” – Evento 861.

Como claramente se vê, não há valores “sujos” a serem submetidos à posterior lavagem. Não houve qualquer proveito econômico ilícito com as contratações propriamente ditas que possa ser quantificado como objeto do delito posterior de lavagem.

Assim, para além da inexistência do cartel em si, a prática de tal conduta não poderia ser apontada como delito antecedente dada a inexistência de ganhos ilícitos que pudessem ser submetidos ao posterior branqueamento.

Por fim, há que se sublinhar que mesmo aceitando-se a existência do cartel – novamente, apenas a título argumentativo –, nenhum dos fatos referidos nos autos pode ser vinculado ao Recorrente, que apenas assumiu a Diretoria de Óleo e Gás da Mendes Júnior em 2011, quando o suposto “clube” já não exercia qualquer influência.

De fato, a prova produzida nos autos, no que se refere à alegada influência do grupo sobre as contratações da Petrobrás, é uníssona em confirmar a inefetividade do suposto clube a partir de 2011. Destaque-se:

“QUE daí para a frente, não houve mais sequer reuniões do “CLUBE”, pois o esquema das empresas passou a ser ineficaz e também houve a saída de RENATO DUQUE; QUE isso se deu no final de 2010, início de 2011;” – Transcrição do termo de colaboração nº. 01 de Augusto Ribeiro de Mendonça – Evento 529, dos autos do Processo 5073475-13.2014.404.7000/PR – Arquivo TERMO TRANS CDEP1)

“1803. Defesa de Rogério Cunha: O senhor afirmou aqui na pergunta do doutor Marcelo, que acredita que essas reuniões foram até o final de 2011. O senhor tinha informado antes que teria sido até final de 2010, início de 2011. Por que o senhor acredita, o senhor não estava nessas reuniões mais, nesse período?”

1804. Depoente: Como eu disse, eu participei de poucas reuniões, no começo, e depois tínhamos o nosso representante participando. Mas, eu acredito, por me lembrar dos eventos. Uma coisa marcante nessa questão é que houve a mudança da Diretoria da Petrobras, no início do ano de 2012. Isso acabou um pouco antes, então eu acredito que tenha sido no final de 2011, melhorando um pouco a minha lembrança, em relação ao que eu havia falado.

1805. Defesa de Rogério Cunha: E nesse ano de 2011, embora o senhor não participasse mais, o senhor acha que as reuniões do Clube, assim denominado, elas tinham efetividade ainda? Em relação aos contratos?

1806. Depoente: Em 2011, talvez muito pouco. Precisaria ver as licitações que ocorreram, mas eu acredito que muito pouco, já no ano de 2011, mas a nossa empresa participava.” – Depoimento de Augusto Ribeiro Mendonça Neto, evento 390.

“(…) que sobre as chamadas regras do grupo, ou regras do “campeonato esportivo” (documento 4), tratou-se de uma tentativa efetuada, em uma reunião do grupo em 2011, de disciplinar em um regulamento a forma como ele deveria funcionar; que, contudo, este regulamento foi feito em momento em que o funcionamento do grupo não andava bem, de modo que posteriormente esse regulamento não chegou a ser efetivamente aplicado em todas as suas circunstâncias;” – termo de colaboração de Marcos Berti.

“Ministério Público Federal: - o senhor participou das reuniões até quando?

Depoente: - até 2011, que acabaram, né?

(…)

Defesa de Rogério: - o senhor, no seu depoimento, informou que no ano de 2011 o grupo não andava bem e que um suposto regulamento não chegou nem a ser efetivamente aplicado. O senhor quis dizer que esse suposto grupo, o clube, não tinha mais efetividade nessas reuniões?

Depoente: correto. Em 2011 tinha muito poucas obras da Petrobrás, e a Petrobrás estava chamando para as concorrências 30 empresas. Então,

realmente, o clube perdeu toda a efetividade em 2011 e encerrou, as reuniões não tiveram mais a partir do final de 2011.” – Depoimento de Marcos Pereira Berti na ação penal 5012331-04.2015.4.04.7000.

Diante de todo o exposto, vê-se claramente que não há como subsistir a utilização do alegado cartel como crime antecedente à lavagem de dinheiro, seja porque não há comprovação mínima de sua existência, seja porque não se trata de delito que enseje proveito econômico apto à lavagem, seja porque não há qualquer ligação do Recorrente com tais fatos (posto que Rogério Cunha apenas assumiu a diretoria de Óleo e Gás da Mendes Júnior em 2011, quando o suposto “clube” já teria perdido totalmente sua efetividade). Prequestionado, portanto, o art. 1º da Lei 9.613/98.

09. DA ATIPICIDADE DA ACUSAÇÃO DE LAVAGEM DE DINHEIRO PROPRIAMENTE DITA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS. CONSIDERAÇÃO DE PAGAMENTO DE CORRUPÇÃO COMO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. IMPOSSIBILIDADE. *POST FACTUM* IMPUNÍVEL. PRECEDENTE DO STF.

Após considerar suficientemente provados os supostos crimes antecedentes, o Juízo passou, no tópico II.11 da sentença, à análise dos atos de lavagem propriamente ditos. Sobre a questão, destacou o magistrado:

358. Obtidos os contratos mediante cartel e ajuste de licitações, ou mesmo sem esses meios espúrios, afirma-se na denúncia que eram pagas vantagens indevidas aos dirigentes da Petrobrás com os valores decorrentes.

(...)

402. Assim, a Mendes Júnior e o Consórcio CMMS, por ela integrado, realizaram diversos depósitos de valores vultosos nessas contas controladas por Alberto Youssef. Para justificar as transferências, foram produzidos contratos ideologicamente falsos de prestação de consultoria e serviços e notas fiscais fraudulentas de prestação de serviços.

403. Dessa forma, os valores de origem e natureza criminosos, decorrentes dos crimes de cartel e de ajuste fraudulento de licitação, foram lavados e utilizados para o pagamento de propinas à Diretoria de Abastecimento.

404. Tem-se, portanto, uma extensa prova material e independente decorrente principalmente de quebras de sigilo bancário e fiscal e de apreensões e juntada de documentos, que corroboram as declarações dos criminosos colaboradores quanto ao pagamento pela Mendes Júnior de propinas à Diretoria de Abastecimento da Petrobrás nos contratos obtidos pela empreiteira e pelos consórcios que integrou nas obras que constituem objeto da denúncia. Mais uma vez de se salientar que a prova material preexistia às colaborações, sendo delas causa e não o contrário.

Em suma, a sentença considera cada um dos depósitos identificados como provenientes da Mendes Júnior em contas da GFD, Rigidez, MO e RCI como um crime de **lavagem de dinheiro**, uma vez que tais depósitos, em tese, seriam pagamentos de avenças contratuais ideologicamente falsas, que teriam, segundo o Juízo, o fim de “*dar aparência de legalidade ao repasse de valores indevidos*”.

Ora, como reconhecido na sentença, tal disfarce teria o **único fim de viabilizar a entrega da suposta propina**, ou seja, procurava-se, no processo descrito, escamotear o destino dos valores.

No entanto, ainda que se admitisse verdadeira essa narrativa, facilmente se constata o seu não enquadramento na tipificação do crime de lavagem de dinheiro.

Ora, a situação narrada considerada pelo Juízo, no máximo, pode ser tratada como branqueamento de capitais ao inverso, por meio da atividade de “sujar” o dinheiro ou dissimular o seu destinatário. Isso porque, a descrição dos fatos presentes nestes autos não narra o encobrimento da origem dos valores, mas eventual encobrimento da sua destinação.

Dos trechos acima transcritos se percebe a clareza do raciocínio da sentença, ao afirmar que se buscava escamotear **o destino do repasse**, o qual, obviamente, está adstrito ao fim de um processo e não ao seu início.

Na verdade, a sentença realiza verdadeira confusão acerca da cadeia causal dos procedimentos descritos: em momento algum descreve a existência de processos de dissimulação da origem de valores, **mas tão somente do destino deles**. **Resta equivocada a premissa básica de existência de um processo de branqueamento de capitais ilícitos.**

Não bastasse tal erro de premissa, equivocadamente o Magistrado identifica como crime de lavagem de dinheiro qualquer ato de dissimulação de valores, quer esteja relacionado à sua origem ou ao seu destino. Porém, como é cediço, no delito de branqueamento de capitais, a mera presença de atos de mascaramento “*não é suficiente, pois sempre será necessária a demonstração de todos os elementos subjetivos inerentes ao tipo penal, quais sejam, a vontade ou intenção de limpar o capital e reinseri-lo no círculo econômico com aparência lícita*”²³.

²³ GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ e PIERPAOLO CRUZ BOTTINI. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 67.

Assim, o crime de lavagem de dinheiro só se constitui a partir da busca consciente de introdução de um bem, direito ou valor (provindo de um dos crimes antecedentes elencados no artigo 1º, da Lei 9.613/98), na atividade econômica legal, com aparência de lícito.

Para tanto, não basta – no processo de lavagem – estarem configuradas as condutas de *ocultar* ou *esconder*, mas, sobretudo, que essa ocultação integre o processo de branqueamento. Isto é, ocultado o bem, faz-se indispensável a ocorrência da reintegração do próprio bem ou valor ao sistema econômico, utilizando-se, para tanto, de uma dissimulação ou fraude.

Nesse sentido, Antônio Sérgio PITOMBO²⁴ é enfático ao afirmar:

(...) Ao penalista **incumbe distinguir as condutas voltadas a conseguir proveito do crime daquelas destinadas a ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens.** Pois muito embora o produto da lavagem seja proveito do crime antecedente, **nem todo comportamento econômico do delinqüente que dá causa a proveito da infração penal constitui o crime de lavagem de dinheiro.**

Por sua vez, a doutrina de CALLEGARI²⁵ aponta três fases para a caracterização do delito de lavagem de capitais, (I) o desfazimento da soma arrecadada ilicitamente, (II) o ato de mascarar ou encobrir esse valor, e, por fim, a (III) integração ou reinversão dos valores, que passam a ser tratados, então, como lícitos.

Desta feita, o processo narrado na sentença não é apto a produzir o resultado desejado da reintegração aos acusados do suposto capital lavado pelo sistema econômico legal. Logo, não se pode sequer afirmar que o bem jurídico especificamente tutelado - a ordem socioeconômica - foi atingido.

Não há, pois, os requisitos do crime de lavagem de ativos. Em momento algum a sentença descreveu a intenção dos agentes de promover o distanciamento dos valores de sua suposta origem ilícita, com o fim especial de reintegrá-los, na economia formal, de maneira aparentemente lícita. Isto é, não se imputa a tentativa de afastá-los de sua origem, para que houvesse a sua reinserção ou aproveitamento lícito.

²⁴ Pitombo, Antônio Sérgio A. de Moraes. Lavagem de Dinheiro. A tipicidade do crime antecedente. São Paulo: RT, 1998

²⁵ CALLEGARI, André Luís. Lavagem de dinheiro: Aspectos Penais da Lei 9.613/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Ora, o decreto condenatório se restringiu a aduzir que os denunciados, por meio de engodos, visavam a encobrir o destino dos valores supostamente pagos a título de propina. Desse modo, afora a suposta constatação objetiva de ocultação ou dissimulação (que, frise-se, não é suficiente para a configuração do crime de lavagem de dinheiro), a sentença não demonstra que o agente, além de conhecer a suposta procedência criminosa dos bens, teria agido com consciência e vontade de encobri-los.

Perceba-se: o édito condenatório se incumbiu somente de narrar a intenção de camuflar o suposto destino dos valores. Tal situação, por óbvio, não perfaz o delito de lavagem, inexistente qualquer elemento que vincule a utilização desses contratos a uma pretensão de reinserção dos valores na economia, com aparência de licitude, para futuro reaproveitamento.

E mais: ainda que se considerasse possível o raciocínio desenvolvido pelo Ministério Público e secundado pelo Juízo, importa frisar a licitude da origem dos valores tidos como lavados. E não se diga o contrário: em momento algum da instrução se indicou qualquer elemento que mostrasse serem válidas as presunções de superfaturamento ou de ilicitude das avenças contratuais entre as empreiteiras e a Petrobrás. **Ao contrário, as testemunhas indicaram, de maneira uníssona, o rigor do procedimento licitatório e das contratações.**

Não obstante, acaso se considerasse que a origem do dinheiro repassado às empresas do doleiro Youssef tenha advindo de lucros das execuções das obras da Petrobrás, estes jamais se caracterizam como ilícitos, pois advêm exclusivamente da efetiva prestação de serviços e de avenças contratuais lícitas. Ressalte-se, mais uma vez, que a própria sentença reconhece que não há evidências de superfaturamento ou sobrepreço nas obras realizadas pela Mendes Júnior.

Desta feita, torna-se notório que o objeto apontado pelo Juízo para a suposta lavagem de dinheiro é inidôneo para esse fim, uma vez que sua origem é estritamente lícita (art. 17 do CP – crime impossível).

Mas não é só.

Da leitura do raciocínio empreendido pelo magistrado, vê-se que os atos de ocultação e dissimulação, como considerados na sentença, não perfazem a conduta do art. 1º da Lei nº. 9.613/98, **porque se consubstanciam em exaurimento do tipo de corrupção.**

Quanto ao crime de corrupção, narra a sentença (itens 404 e 405) ter havido “pagamento pela Mendes Júnior de propinas à Diretoria de Abastecimento da Petrobrás nos contratos obtidos pela empreiteira e pelos consórcios que integrou nas obras que constituem objeto da denúncia” e que “a propina foi de 1% do valor dos contratos e aditivos celebrados enquanto Paulo Roberto Costa permaneceu no cargo de Diretor de Abastecimento (até abril de 2012)”.

Em outras palavras, ao caracterizar a “lavagem”, fazendo referência aos atos de corrupção passiva e ativa, a sentença referiu-se tanto à aceitação e ao oferecimento quanto ao efetivo recebimento de vantagem indevida pelo réu Paulo Roberto Costa.

Como se vê, embora o delito de corrupção não seja necessariamente bilateral em todas as suas modalidades, o será quando a acusação de **prometer** relacionada ao corruptor ativo estiver necessariamente vinculada à de **receber ou aceitar** relacionada ao corruptor passivo. É justamente esta a hipótese que se apresenta.

Dessa forma, verificada que a estruturação do tipo penal imputado na sentença em relação aos administradores da **Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A** engloba também a contrapartida do então empregado da **Petróleo Brasileiro S.A.**, é evidente que as condutas se encontram umbilicalmente relacionadas.

Todavia, em sua denúncia e suas alegações finais, o MPF realiza uma confusão na imputação de crimes aos empreiteiros e ao funcionário da petrolífera, ao entender que “*uma coisa é o funcionário público aceitar e receber vantagens indevidas em virtude de sua atividade funcional e outra é tomar atitudes para que o recebimento se dê de forma dissimulada*” (fls. 168 das alegações finais do MPF).

A acusação construiu o raciocínio de que os delitos de corrupção ativa e passiva, dada sua natureza formal, consumaram-se no momento da oferta e aceitação da vantagem indevida. Assim, o sistema utilizado para o suposto repasse (entrega/recebimento) dos valores impróprios constituiria ato ilícito diverso, razão pela qual tal estratégia configuraria, por si só, o tipo de lavagem de dinheiro, e não apenas exaurimento da corrupção ativa/passiva.

Em linhas gerais, aduzindo ter seguido os votos dos Ministros do STF Luiz Fux, Carmém Lúcia, Celso de Mello e Gilmar Mendes na AP 470, o *Parquet* sustenta que o recebimento de vantagem indevida, de

forma dissimulada, caracterizaria, a um só tempo, os crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro.

Acontece que, com acerto, essa não foi a posição que prevaleceu no julgamento da Ação Penal 470, no Plenário do Supremo Tribunal Federal. Em sede de embargos infringentes²⁶, consolidou-se o entendimento de que o elemento dissimulação, quando intrínseco ao repasse (pagamento/recebimento) de valores, não configura o delito de lavagem de dinheiro, sob pena de ofensa do princípio do *non bis in idem*, dada a obviedade de que tal situação será sempre escamoteada – “longe da luz do dia”:

Ementa: Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro. 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: **1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva “receber”, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação.** 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvição por atipicidade da conduta. 2. Lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. 2.1. A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. 2.2. Absolvição por falta de provas. 3. Perda do objeto quanto à impugnação da perda automática do mandato parlamentar, tendo em vista a renúncia do embargante. 4. Embargos parcialmente conhecidos e, nessa extensão, acolhidos para absolver o embargante da imputação de lavagem de dinheiro.

(AP 470 EI-sextos, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014)

Nessa ocasião, o Min. Luís Roberto Barroso destacou que, apesar de engenhosa, essa solução encontrada pela acusação – e encampada pelos votos vencidos – encontra óbice na própria definição da corrupção passiva como tipo misto alternativo. Isso porque “*o recebimento por modo clandestino e capaz de ocultar o destinatário da propina, além de esperado, integra a própria materialidade da corrupção passiva, não constituindo, portanto, ação distinta e autônoma da lavagem de dinheiro*”.

Em face da importância da lição proferida, que transformou o entendimento anterior, faz-se mister registrar a seguinte

²⁶ AP 470 EI-sextos, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014.

passagem do voto do em. Min. Luís Roberto Barroso, quando do julgamento dos sextos Embargos Infringentes na AP470:

14. A partir dessa descrição, o voto condutor do acórdão construiu o raciocínio de que o delito de corrupção passiva, dada sua natureza formal, consumou-se no momento da aceitação da vantagem indevida pelo acusado João Paulo Cunha[3][3]. O sistema dolosamente utilizado para o recebimento dos cinquenta mil reais constituiria, conseqüentemente, ato ilícito diverso do crime antecedente. Nesse contexto, o relator entendeu que o recebimento foi o ato final do processo de lavagem de dinheiro, e não da corrupção passiva – que já teria se consumado.

15. Apesar de engenhosa, essa solução encontra óbice na própria definição da corrupção passiva como tipo misto alternativo. Com efeito, se a corrupção passiva se caracteriza pela solicitação, recebimento ou aceitação de vantagem indevida, **não é possível enxergar no recebimento um ato posterior ao delito, ainda que assim tenha pretendido a acusação.** Todo recebimento pressupõe logicamente aceitação prévia, ainda que ambas as ações ocorram em momentos imediatamente sucessivos. A referência do tipo alternativo ao ato de aceitação, portanto, significa que basta aceitar, ainda que inexistam provas de que o corrompido tenha recebido efetivamente a vantagem. Nos casos em que a prova exista, porém, seria artificial considerar o ato de entrega como posterior à corrupção.

16. Assim, conforme já destacado pelos votos vencidos, **o crime de corrupção passiva, na modalidade receber, consuma-se no momento do pagamento da vantagem indevida, dada a sua natureza material. Desse modo, o recebimento da propina pela interposição de terceiro constitui a fase consumativa do delito antecedente, tendo em vista que corresponde ao tipo objetivo “receber indiretamente” previsto no art. 317 do Código Penal.**

17. **O recebimento por modo clandestino e capaz de ocultar o destinatário da propina, além de esperado, integra a própria materialidade da corrupção passiva, não constituindo, portanto, ação distinta e autônoma da lavagem de dinheiro.** Para caracterizar esse crime autônomo seria necessário identificar atos posteriores, destinados a recolocar na economia formal a vantagem indevidamente recebida.

Desta feita, resta límpido que o pagamento de valores de maneira oculta ou dissimulada, na verdade, é intrínseco à ocorrência do delito de corrupção, especialmente em face do elemento normativo “indiretamente” contido no tipo do art. 317 do CP.

Em outras palavras, se o repasse (para não fugir à linguagem ministerial) ocorreu de forma dissimulada (por meio da celebração de contratos ideologicamente falsos) – como é imputado –, é notório que tal conduta se amolda à própria consumação do delito de corrupção passiva, na

modalidade recebimento, e ao exaurimento do crime de corrupção ativa (ou de corrupção passiva, na modalidade solicitação) ou ainda do delito de concussão.

Desse modo, afora a punição pela corrupção passiva e ativa ou concussão, apenar-se o recebimento/entrega escamoteado da vantagem indevida como tipo autônomo - lavagem de dinheiro - configura verdadeiro *bis in idem*, cuja ocorrência gera ofensa direta à tipicidade desses delitos e ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, desde o início na AP 470 (fls. 55.354/55.355 do voto), o Min. Ricardo Lewandowski destacou que **“o recebimento de propina de maneira camuflada não pode gerar duas punições distintas, a saber, uma a título de corrupção passiva e ainda outra de lavagem de dinheiro, sob pena de ferir-se de morte o princípio do ne bis in idem”**.

Ora, é notório que o crime de lavagem pressupõe, quando imputado ao próprio autor da infração precedente – caso dos autos –, a prática de atos posteriores, distintos e autônomos daqueles que compõem a realização do próprio delito antecedente, tendentes a conferir a aparência de lícita ao produto desta infração. **Ou seja, o concurso entre os delitos de corrupção e lavagem de dinheiro depende da realização de atos pelo agente que visem à inserção do produto do crime na economia formal, conforme restou assentado no Supremo Tribunal Federal na AP470.**

E mais: não se imputa a Rogério Cunha qualquer ato posterior e distinto daquele que integra a própria acusação do delito de corrupção ativa (ou, *in casu*, da concussão). Na verdade, o *Parquet* sequer narra a existência da finalidade específica de tornar supostamente lícito o produto de crimes antecedentes.

Ora, é o próprio MPF, ao narrar os fatos, que admite explicitamente que a dissimulação do dinheiro destinado ao pagamento dos valores indevidos, por meio de contratos de prestação de serviços inexistentes firmados entre a empreiteira e as empresas do doleiro, estava única e exclusivamente adstrita a permitir o repasse da hipotética propina.

Nesse sentido, no multirreferido precedente do STF, o Min. Teori Zavascki esclareceu que, para serem tidas como atos autônomos de lavagem de capitais, **“é essencial que tais ações constituam não um fim em si próprias, mas um meio pelo qual possa o agente lograr êxito em ocultar ou dissimular o aproveitamento dos referidos bens”**²⁷. Ou seja, *“a simples*

²⁷ AP 470 – julgamento dos sextos Embargos Infringentes.

movimentação de valores ou bens, com o intuito de utilizá-los, desfrutar-lhes ou mesmo acomodá-los, mas sem intenção de escondê-los, não configura o delito”²⁸.

Referido entendimento brilhantemente destacado no voto do Min. Teori Zavascki, ao rememorar as lições já esposadas pelos Min. Cezar Peluso e Marco Aurélio, no julgamento da AP470, complementou:

4. À luz dessas premissas teóricas, tem-se que os fatos narrados na denúncia – o recebimento de quantia pelo denunciado por meio de terceira pessoa – não se adequam, por si sós, à descrição da figura típica. Em primeiro lugar, porque o mecanismo de utilização da própria esposa não pode ser considerado como idôneo para qualificá-lo como “ocultar”; **e, ademais, ainda que assim não fosse, a ação objetiva de “ocultar” reclama, para sua tipicidade, a existência de um contexto capaz de evidenciar que o agente realizou tal ação com a finalidade específica de emprestar aparência de licitude aos valores.** Embora conste da denúncia a descrição da ocorrência de crimes antecedentes (contra o sistema financeiro nacional e a administração pública), bem como a afirmação de que o embargante, “consciente de que o dinheiro tinha como origem organização criminosa voltada para a prática” desses crimes, “almejando ocultar a origem, natureza e o real destinatário do valor pago como propina, enviou sua esposa Márcia Regina para sacar no caixa o valor de cinquenta mil reais em espécie”, ela não descreve qualquer ação ou intenção do réu tendente ao branqueamento dos valores recebidos. O que se imputa, a rigor, é o recebimento dos valores referentes ao crime de corrupção passiva, que, pela circunstância de ter sido realizado por interposta pessoa, não pode produzir a consequência de incorporar um crime autônomo, **até porque o recebimento indireto da vantagem indevida integra o próprio tipo penal do art. 317 do Código Penal (“solicitar ou receber (...) direta ou indiretamente (...) vantagem indevida”).** Como ressaltado no voto vencido do Ministro Cezar Peluso, não há, na descrição dos fatos e na prova,

“ações independentes entre o crime de corrupção passiva e o delito de lavagem. Por quê? Porque **o fato (...) de o réu tê-lo recebido clandestinamente, ocultando, com isso, a origem do dinheiro, não é ação distinta e autônoma do ato de receber. É apenas uma circunstância modal do recebimento: ao invés de receber em público - coisa que não poderia fazer, por razões óbvias -, o denunciado recebeu-o clandestinamente.** E conclui, não se deve “confundir o ato de ‘ocultar’ a natureza ilícita dos recursos, presente no tipo penal de lavagem de dinheiro, e o que a doutrina especializada descreve como estratégias comumente adotados para que o produto do crime antecedente – já obtido – seja progressivamente reintroduzido na economia, agora sob aparência de licitude, com os atos tendentes a evitar- lhe o confisco ainda durante o iter

²⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro, São Paulo: Atlas, 2006, p. 107. No mesmo sentido: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Wiliam Terra de; GOMES, Luiz Flávio. Comentários à Lei 9.613/98, SP:RT, 1998, p.335/336; SOUZA NETO, José Laurindo de. Lavagem de dinheiro, Curitiba: Juruá Editora, 2000, p.100; BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de dinheiro e obrigações civil correlatas, 2 ed., SP:RT, 2007, p.183. CALLEGARI, André Luis. Lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei nº 9.613/98, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 111. MAIA; Rodolfo Tigre. Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime), SP:Malheiros, 1999, pgs. 95.

criminis do delito antecedente, em outras palavras, para garantir a própria obtenção do resultado do delito”.

Na mesma linha de compreensão, o voto do Ministro Marco Aurélio:

“Sabemos que a corrupção não ocorre à luz do dia. Há recebimento, como houve no caso, escamoteado. Levantei objeções no tocante ao ato de lavagem de dinheiro, quer por parte de João Paulo Cunha, quer por parte de Pizzolato, tendo em conta que não vislumbrei ato de qualquer deles visando dar a aparência de legítimo ao dinheiro recebido, e recebido, a meu ver, no exaurimento, considerada a modalidade receber, do crime de corrupção passiva. Por isso é que não acompanhei o relator quanto à lavagem” (fl. 54.075).

Nesse sentido, inclusive, votou a Min. Rosa Weber, no julgamento do multirreferido precedente do STF, quando afirmou que, como a corrupção **“aproveita todas as formas de dissimulação para a sua execução”, “a manipulação do dinheiro objeto da propina traduz, dependendo da hipótese, (i) a própria consumação do crime de corrupção ou (ii) o exaurimento deste mesmo crime”.**

Desse modo, na perspectiva adotada pela maioria do Plenário do STF, de afastar as condutas de ocultar e dissimular o repasse da propina como crime autônomo de lavagem de dinheiro, a eminente Ministra assentou que **“a utilização de um terceiro para receber a propina – com vista a ocultar ou dissimular o ato, seu objetivo e real beneficiário-, integra a própria fase consumativa do crime de corrupção passiva, núcleo receber, e qualifica-se como exaurimento do crime de corrupção ativa”.**

Mais uma vez, é mister destacar que a narrativa do caso dos autos se amolda com perfeição à situação tratada na AP 470. A acusação explicitamente admitiu que os supostos meios de dissimulação utilizados se voltavam única e exclusivamente a escamotear o ato de repasse da suposta propina (a existência da corrupção na maneira bilateral em si) e o beneficiário desta. **Não há, portanto, qualquer lavagem de dinheiro.**

Analisando os argumentos defensivos, apesar de plenamente demonstrada a flagrante similitude entre o caso dos autos e o caso já decidido pelo STF na APN470, o Juízo *a quo* assim de firmou:

“464. Poder-se-ia, como fazem algumas Defesas, alegar confusão entre o crime de lavagem e o crime de corrupção, argumentando que não haveria lavagem antes da entrega dos valores aos destinatários finais.

465. Assim, os expedientes fraudulentos ainda comporiam o tipo penal da corrupção, consistindo no repasse indireto dos valores.

466. O que se tem presente, porém, é que a propina destinada à corrupção da Diretoria de Abastecimento foi paga com dinheiro sujo, procedente de outros crimes antecedentes, aqui identificados como crimes de cartel (art. 4º, I, da Lei nº. 8.137/1990) e de frustração, por ajuste, de licitações (art. 90 da Lei nº. 8.666/1993).

467. Se a corrupção, no presente caso, não pode ser antecedente da lavagem, porque os valores foram entregues por meio das condutas de lavagem, não há nenhum óbice para que os outros dois crimes figurem como antecedentes.

468. A mesma questão foi debatida à exaustão pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470. Nela, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, condenou Henrique Pizzolato por crimes de peculato, corrupção e lavagem. Pelo que se depreende do julgado, a propina paga ao criminoso seria proveniente de crimes antecedentes de peculato viabilizando a condenação por lavagem. O mesmo não ocorreu com João Paulo Cunha, condenado por corrupção, mas não por lavagem, já que não havia prova suficiente de que a propina a ele paga tinha também origem em crimes antecedentes de peculato, uma vez que o peculato a ele imputado ocorreu posteriormente à entrega da vantagem indevida.

469. Se a propina é paga com dinheiro de origem e natureza criminosa e com o emprego de condutas de ocultação e dissimulação, têm-se os dois delitos, a corrupção e a lavagem, esta tendo por antecedentes os crimes que geraram o valor utilizado para pagamento da vantagem indevida. É o que ocorre no presente caso. A empreiteira obteve os contratos com a Petrobrás por crimes de cartel e de ajuste fraudulento de licitação e destinou um percentual dos valores obtidos com os contratos para pagar a propina.

470. Presentes provas, portanto, categóricas de crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, esta tendo por antecedentes crimes de cartel e de ajuste fraudulento de licitações.”

Em que pese a tentativa da sentença em afastar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, resta evidente naquela peça a manobra puramente argumentativa, sem respaldo fático e jurídico nos autos.

É que, para além das questões já discutidas quanto à utilização em si de crimes antecedentes que não estão suficientemente provados e que não geram proveito econômico – como demonstrado nos tópicos anteriores –, basta uma leitura superficial da argumentação do magistrado para descreditar a acusação e lavagem de capitais.

Em toda a argumentação apresentada na sentença, a referência a “pagamentos de propina” e “atos de corrupção” é constante. Inclusive, a condenação do Apelante por 11 (onze) atos de lavagem – cada um correspondente a um dos depósitos identificados nas contas das empresas reputadas como de fachada – por si só já evidencia que o antecedente de cada um desses crimes não é o alegado cartel, mas sim a corrupção.

Raciocine-se: se o Juízo estivesse efetivamente considerando os crimes de cartel e de ajuste fraudulento de licitações como

crimes antecedentes à lavagem, a condenação pela lavagem apenas poderia corresponder à quantidade de contratações efetivamente decorrentes de tais crimes (ou seja, para cada contrato de obra entre a Mendes Júnior e a Petrobrás, seria um crime de lavagem de capitais).

Porém, no caso, e como já ressaltado em momento anterior, o Juízo apenas reconheceu atos indicativos de cartelização em dois contratos – REPAR e REPLAN (ver item 357 da sentença) –, mas condenou o Apelante por **onze atos de lavagem** – coincidentemente, a mesma quantidade de depósitos identificados.

Ademais, acaso efetivamente estivesse o Juízo considerando como crimes antecedentes os delitos de cartel e frustração fraudulenta de licitações como crimes antecedentes da lavagem, apenas em relação ao contrato da REPLAN poderia haver condenação por lavagem, uma vez que Rogério Cunha foi absolvido quanto ao contrato da REPAR, por não ocupar cargo de direção na Mendes Júnior à época de sua celebração.

É óbvio, pois, que o raciocínio do magistrado considerou cada ato de lavagem correspondente a cada suposto pagamento da corrupção. Aliás, isso é cristalino da leitura da sentença.

Portanto, a diferenciação feita na sentença entre os crimes de corrupção e lavagem de ativos é única e exclusivamente retórica, uma vez que, na prática, a condenação por atos de lavagem toma por base, sim, as condutas relativas à corrupção, e não à cartelização ou frustração de licitações.

De igual maneira, não subsiste o raciocínio do Magistrado no sentido de que os crimes de licitação e de cartel seriam antecedentes à corrupção e, por consequência, o ato de corrupção seria, também, um ato de lavagem. Tal compreensão, não é demais sublinhar, não comporta base jurídica e é totalmente incompatível com a própria definição do tipo de lavagem de capitais.

De fato, ou o acusado pratica um ato de corrupção ao entregar vantagem indevida a agente público – sendo este, portanto, um valor de natureza espúria – ou o acusado reinsere na economia, ocultando-lhes a origem, valores provenientes de condutas criminosas pretéritas. É, evidentemente, impossível que o mesmo valor seja simultaneamente sujo e limpo, sendo absolutamente inviável que com a mesma conduta se pratique a corrupção e a lavagem.

Ante o exposto, conclui-se:

- (I) Inexiste processo de branqueamento de valores, exigido para a caracterização do crime de lavagem de ativos, donde se compreende a necessidade de constatação de que o valor proveniente do delito antecedente teria que ser um valor “sujo”, o que não é o caso dos autos;
- (II) É juridicamente impossível se adotar a lavagem de ativos como crime independente dissociado do pagamento da suposta corrupção, verificando-se claramente o equívoco da retórica utilizada pelo magistrado (ao considerar cada pagamento como um crime de lavagem), e constatando-se que os pagamentos são, na verdade, exaurimento da suposta corrupção e consequentemente *post factum* impunível;
- (III) É impossível, pelo raciocínio empreendido pelo magistrado, manter a condenação de Rogério Cunha pelo crime de lavagem, por onze vezes, seja porque ele não participou de eventual cartel e não atuou na elaboração dos contratos considerados pelo magistrado como crime antecedente de cartel (já que até abril de 2011 não era Diretor de óleo e Gás e atuava exclusivamente como engenheiro de obra).

9.1 TESE SUBSIDIÁRIA. DA DESCONSIDERAÇÃO DE VÁRIOS ATOS DE LAVAGEM DE CAPITAIS. CONDUTA ÚNICA. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DE ROGÉRIO CUNHA PELO CONTRATO COM A EMPRESA RIGIDEZ.

Por fim, também por outros argumentos se afasta o entendimento adotado pelo Juízo de que o simples ato isolado de depósito em contas de terceiros, por si só, é suficiente a caracterizar o crime de lavagem de dinheiro, razão pela qual condenou o Apelante a onze condutas autônomas de lavagem de ativos em continuidade delitiva.

Como demasiadamente descrito, o delito de lavagem versa sobre a existência de um processo de fases, fato que, de início, já demonstra incorreção do raciocínio. Não há, pois, lavagem de ativos na execução de um único ato de ocultação ou dissimulação, ainda mais dissociado de toda a integralidade dos fatos que apontam para a existência de um processo.

Além disso, segundo as lições de Badaró e Bottini²⁹, como o tipo penal de lavagem de capitais é de “*ação múltipla, com núcleos disjuntivos, de forma que a realização de qualquer das condutas descritas concretiza a consumação*”, é inadmissível o concurso material de crimes de lavagem de ativos “*nos casos em que o agente pratica as duas ações descritas no tipo penal no mesmo contexto e sobre os mesmos bens*”:

As ocultações e dissimulações sequenciais, sobre o mesmo objeto – ou sobre aqueles resultantes de sua transformação ou substituição **caracterizam o mesmo processo de lavagem de dinheiro**. Nesses casos, os atos posteriores absorvem os primeiros, que se tornam meros antefatos impuníveis, pois deixam sua autonomia para se tornarem ‘meio ou momento de preparação do processo unitário, embora complexo, do fato principal, ação de passagem, apenas para a realização final’. **Não há, nessas hipóteses, continuidade delitiva ou pluralidade de delitos, mas sim um único ato de lavagem de dinheiro, renovado em sua materialidade típica a cada nova conduta.**

É de se destacar que tal equívoco da sentença importa a ocorrência de *bis in idem*, uma vez que não há como se considerar isoladamente as supostas condutas de lavagem de ativos de todo o contexto fático em que estão inseridas, sob pena de ofensa ao princípio da valoração integral dos fatos.

Assim, ainda que se considerasse a figura típica do art. 1º da Lei nº. 9.613 adequada à presente situação, só se poderia falar **em uma única conduta praticada por meio de vários atos. Não se trata, pois, em pluralidade de delitos ou continuidade delitiva.**

Desta feita, resta evidente a impropriedade da condenação de Rogério Cunha do crime previsto no art. 1º da Lei 9.613/98, razão pela qual deve ser absolvido (art. 386, III, do CPP – desde já prequestionado), seja porque: (I) não há comprovação mínima dos crimes reputados por antecedentes; (II) não há proveito econômico decorrente dos crimes considerados como antecedentes; (III) os atos de corrupção apontados na denúncia não podem ser considerados como antecedentes da lavagem, sob pena de *bis in idem*, nem se confundem com atos de lavagem.

Não bastasse isso, uma situação peculiar envolve o contrato firmado com relação à empresa Rigidez.

Isso porque, é a própria sentença que reconhece que Rogério não assinou tal documento. Ora, para condenar o Apelante em 04 atos de lavagem de ativos relativos a pagamentos efetuados com origem em um

²⁹ GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ e PIERPAOLO CRUZ BOTTINI. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012. – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 65/66.

contrato (de 10.0.8.2011) entre a Empreiteira Rigidez e a Mendes Júnior, o Juízo *a quo* utiliza como prova da autoria em desfavor do ora Recorrente tão somente o fato de constar seu nome no contrato, mesmo sem sua assinatura (item 399, evento 1051):

399. Em 10/08/2011, foi celebrado entre a Mendes Júnior Trading Engenharia, representadas por Ângelo Alves Mendes e Rogério Cunha de Oliveira, e a Empreiteira Rigidez, representada por Waldomiro de Oliveira, contrato de prestação de serviços. **O contrato, que não está assinado**, previa pela Empreiteira Rigidez "serviços técnicos especializados para elaboração da proposta e apoio a suprimentos do projeto da Petrobrás para construção de módulos", tendo por contraprestação o valor de R\$ 2.108.000,00. Rogério Cunha de Oliveira é apontado no corpo do contrato como a pessoa por ele responsável. **Relativamente a este contrato foram identificados pagamentos por nota fiscal de R\$ 2.108.000,00 e quatro depósitos em conta da Empreiteira Rigidez, nos valores de R\$ 989.179,00, R\$ 494.589,50, R\$ 247.294,75 e R\$ 247.294,75, nas datas de 25/05/2012, 25/06/2012, 16/07/2012 e 07/06/2013, respectivamente.** A documentação relativa a esse contrato encontra-se no evento 1, out197 e out 198.

Oportuno, pois, destacar que esse contrato não foi, sequer, endereçado diretamente ao ora Apelante. Como se observa dos documentos mencionados pelo Juízo de primeiro grau (evento 1, OUT 197 destes autos), vê-se que a Empreiteira Rigidez encaminhou o aludido contrato aos **Srs. José Reinaldo Santos e Nadine Gonçalves**, em maio de 2012, com referência a Mendes Júnior no próprio comprovante de postagem fornecido pelos Correios:

000598 56

São Paulo, 11 de Maio de 2012

A

Mendes Junior Trading Engenharia S.A.

Av. Rio Branco, 181-34º andar

Rio de Janeiro-RJ – CEP 2004-007

Aos Cuidados Dr. José Reinaldo Simões Santos e / Sr.ª Nadine Gonçalves Castro.

Ref.: Contrato Prestação de Serviço

A ausência de elementos com relação a Rogério Cunha a vinculá-lo a tal contrato é patente, devendo ser de pronto retirada das suas condenações, portanto, as acusações relacionadas aos pagamentos do aludido contrato.

Tal fato é corroborado pelo próprio Rogério Cunha, que, quando indagado em Juízo especificamente sobre esse contrato, aduziu desconhecê-lo, e afirmou que aquele documento não passou pela mão dele, mas, se o pagamento foi autorizado pela Mendes Júnior, deveria integrar os 8 milhões cobrados por Youssef:

Juiz Federal: **Depois tem esse último contrato aqui, a Mendes Júnior com a empreiteira Rigidez, R\$ 2.108.000,00.**

Interrogado: Esse faz parte de Barra do Riacho também, é do aditivo 10. **Eu não assinei esse contrato.**

Juiz Federal: Por que o senhor não assinou?

Interrogado: **Não sei porque, eu não recebi esse contrato, esse contrato é totalmente fora dos padrões dos outros, não tem numeração, não tem nada, e foi paga a nota fiscal que eles mandaram lá pra Mendes, se ele autorizou esse pagamento fazia parte daqueles R\$ 8.000.000,00 pra fechar esse ciclo aí, pronto.**

Juiz Federal: O Ministério Público Federal tem uma tese dele que também se pagava à diretoria de serviços nesse contrato, tinha pagamento para a diretoria de serviços?

Interrogado: **Eu não tenho conhecimento nenhum, os únicos pagamentos que eu tive conhecimento que a Mendes Júnior fez, e que eu soube porque eu estava na reunião em que Alberto Youssef, que até aquele momento eu nunca conheci, fazia dois meses só que eu estava na diretoria, pediu esses R\$ 8.000.000,00, é o único valor que eu tenho conhecimento que a Mendes Júnior pagou, pode-se dizer até indevidamente, devia ter feito outra coisa, não sei.**

10. DA ATIPICIDADE DO DELITO DE CORRUPÇÃO. (I) PECULIARIDADE DA SITUAÇÃO DE ROGÉRIO CUNHA. INEXISTÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO EM QUALQUER ACORDO OU NEGOCIAÇÃO DE PROPINA. AUSÊNCIA DO DOLO (II) AUSÊNCIA DE DOMÍNIO DOS FATOS (III) VANTAGEM INDEVIDA PAGA EM VIRTUDE DE AMEAÇA FEITAS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE CONCUSSÃO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

10.1 PECULIARIDADE DA SITUAÇÃO DE ROGÉRIO CUNHA. AUSÊNCIA DE PROVA DE PARTICIPAÇÃO EM ACORDO OU NEGOCIAÇÃO DE PROPINA. SITUAÇÃO RECONHECIDA POR PAULO ROBERTO COSTA. AUSÊNCIA DO DOLO DE CORROMPER.

Antes da análise dos argumentos jurídicos, os quais afastam o delito de corrupção, algumas considerações devem ser trazidas.

A sentença considera o crime de corrupção presente em todos os contratos assinados pela empresa Mendes Júnior com a Petrobrás. Assim, o Juiz absolveu Rogério Cunha pela suposta corrupção nos contratos da Interpar e da REGAP, em razão deste não ser o Diretor de Óleo e Gás na época da assinatura desses contratos³⁰, e manteve a condenação por suposta corrupção nos outros contratos.

No entanto, apesar de condená-lo por suposta corrupção nas obras REPLAN, COMPERJ e TABR, a sentença olvidou de verificar se Rogério Cunha participara de negociações de propina e atos de corrupção em relação a cada um desses outros contratos.

Isso porque, a própria sentença faz nítida separação entre atos de corrupção e atos de pagamento/entrega dos valores aos funcionários públicos através de contratos fictícios, para considerar esses últimos como crime de lavagem de dinheiro.

Nesse raciocínio, se o pagamento, no caso dos autos, não foi considerado exaurimento do crime de corrupção, mas sim crime independente de lavagem de dinheiro, o fato de alguém ter participado de eventuais pagamentos não implica sua atuação anterior, na negociação e troca de favores e vantagens com funcionários públicos, para caracterização do crime de corrupção.

³⁰ Sentença: “478. **Rogério Cunha Pereira** (sic – Oliveira), subordinado a Sergio Cunha Mendes, atuou diretamente na corrupção ativa e na lavagem de dinheiro. O fato de ter atuado em subordinação a Sergio Cunha Mendes não elimina sua responsabilidade criminal. Deve ser excluída sua responsabilidade pelos crimes de corrupção envolvendo o contrato do Consórcio Interpar e o da obra da REGAP pois nessa época ainda não era Diretor de Óleo e Gás da Mendes Júnior. Repõe, porém, pelos demais, mesmo do consórcio CMMS, pois era gerente do contrato e, além disso, participou diretamente dos repasses específicos da propina relativamente a este e os demais contratos.” (grifado e sublinhado)

Assim, para que se indicasse sua participação na suposta corrupção, dever-se-ia demonstrar a efetiva participação de Rogério Cunha nos acordos supostamente firmados com funcionários públicos, bem como a vantagem por ele auferida a partir desses acordos e contratos.

Não bastasse isso, é a própria denúncia que vincula o crime de corrupção ao crime de cartel das empreiteiras, no tópico 431:

431. Como visto no tópico II.10, está provado, por prova oral, documental e circunstancial, o cartel das empreiteiras, a participação nele da Mendes Júnior e a obtenção por ela de pelo menos dois grandes contratos da Petrobrás. Há certa vinculação entre o cartel e a propina, pois esta, em parte, era paga para evitar que os dirigentes da Petrobrás, que tinham conhecimento da prática, a ela se opusessem. (grifado)

Ora, se Rogério desconhecia a existência do cartel, se não chegou a comparecer às aludidas reuniões, e se esse suposto cartel já encerrara e perdera força e efetividade quando Rogério Cunha assumiu o cargo de Diretor de Óleo e Gás, não há porque entendê-lo vinculado à corrupção.

E mais: como Rogério saberia ou teria participado de suposto direcionamento de licitações, se a Mendes Júnior não conquistou nenhuma nova licitação para obra da Petrobrás após sua entrada na Diretoria de Óleo e Gás? Atenha-se para o fato de que a única obra da Petrobrás iniciada a partir desta data foi a do COMPERJ; no entanto, a proposta de preços da Mendes Júnior para essa licitação já se encontrava praticamente finda, pelos setores competentes, em abril/2011, quando Rogério assumiu o cargo de Diretor. Não haveria como ele ter participado, portanto, de eventuais reuniões de cartel anteriores à formulação da proposta.

Mas o principal argumento a afastar Rogério Cunha da acusação de corrupção ainda é a delação de Paulo Roberto Costa. Ora, o próprio funcionário público recebedor das alegadas propinas, justamente aquele que teria pedido, solicitado ou mesmo exigido os valores para atuar ou deixar de atuar em favor da empresa Mendes Júnior, confirmou nunca ter conversado com Rogério sobre o assunto, nunca ter se reunido ou tratado com ele sobre pagamentos indevidos, e, que o seu contato na Mendes Júnior para esse assunto era apenas Sérgio Mendes.

Como é por todos sabido, uma condenação não se sustenta se a acusação não se lastrear em elementos concretos

demonstrados e individualizados para cada condenado, já que cada um responde na medida de sua culpabilidade.

Assim, a participação de Rogério Cunha nos fatos deve cingir-se à reunião que compareceu à presença de Alberto Youssef, a mando e ordem de Sérgio Mendes, reunião cuja conversa foi confessada por Rogério Cunha desde o início das investigações, ainda na fase inquisitorial.

A consideração de que os pagamentos efetuados a Youssef não são parte executória de um ato de corrupção ativa anteriormente acordado – e sim a caracterização de um crime independente, o de lavagem de dinheiro – obriga o magistrado a demonstrar quando, e onde, Rogério Cunha teria participado do crime de corrupção com relação a Paulo Roberto Costa.

Repita-se: o fato de ter sido chamado, por seu superior hierárquico Sérgio Mendes, para participar de uma reunião na qual Youssef cobrou o pagamento de valores indevidos não faz do Requerente partícipe de um suposto acordo anterior de vantagens mútuas, relacionado a cada uma das obras da empresa. Até porque, a visão de que Rogério estava tendo dos fatos, naquela reunião, jamais tendo conversado com Paulo Roberto Costa, era a de havia, de fato, uma extorsão indevida.

Na visão de Rogério Cunha, a regra exposta naquela reunião por Youssef era bem clara: teria que se pagar um valor para que os contratos e aditivos firmados não fossem engavetados e atrapalhados por Paulo Roberto Costa. Não era um acordo de vantagens para os dois lados, como costuma ser os acordos de corrupção. E mais: se antes daquela reunião havia qualquer combinação entre Sérgio Mendes e Paulo Roberto Costa, o Recorrente dela não participou e não tomou conhecimento.

Além disso, Rogério Cunha não tinha, e nunca teve, autonomia para negociar acordos ou pagamentos. Como já exaustivamente mencionado, assistiu a uma reunião como expectador e cumpriu, em seguida, o que lhe foi determinado. Nesse raciocínio, colocá-lo como partícipe em atos de corrupção de todos os contratos firmados é, para se dizer o mínimo, um absoluto exagero. Desde já, prequestionados o art. 333 do CP e o art. 156 do CPP.

10.2. DA IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO A ROGÉRIO CUNHA. AUSÊNCIA DE DOMÍNIO DOS FATOS.

Não bastasse a ausência de elementos a indicar que Rogério participara de negociações, é certo e comprovado nos autos que ele somente compareceu à reunião que discutia pagamentos para Alberto Youssef a mando e por determinação de Sérgio Mendes, porque figurava, há dois meses, no cargo de Diretor de Óleo e Gás da empresa.

Assim, abre-se o primeiro parêntese para registrar que **(I) não fosse o Recorrente, qualquer outro funcionário, no exercício do mesmo cargo, seria convocado a ouvir, na aludida reunião, a exigência dos pagamentos relatados.**

Além disso, na aludida reunião, Rogério Cunha figurou apenas como ouvinte: nada falou e nada decidiu (e nem podia decidir, dada a comprovada ausência de poderes para tanto).

Após a reunião, Sérgio informou que colheria a autorização do presidente Murilo Mendes e, após alguns dias, **determinou** que Rogério Cunha viabilizasse os contratos fictícios solicitados por Youssef.

Novamente, aqui, abre-se o segundo parêntese: **(II) qualquer outro funcionário que, na época, estivesse na função de Diretor de Óleo e Gás, receberia a mesma ordem de seus superiores, Diretor Estatutário (Sérgio Mendes) e presidente (Murilo Mendes).**

Em outras palavras, o Recorrente não participou da suposta negociação com Paulo Roberto Costa que teoricamente teria antecedido à aludida reunião, não atuou na decisão acerca do exigido por Youssef em nome de Paulo Roberto, **e, uma vez que não tinha poder de mando na empresa para aquele assunto específico, ainda que se negasse a cumprir a orientação, não evitaria o resultado.**

Nos dizeres de Figueiredo Dias³¹, entende-se por **“domínio por organização”** *“uma forma de domínio-da-vontade que, indiferente à atitude subjetivo-psicológica do específico executor, não se confunde com o domínio-do-erro ou com o domínio-da-coação, integrando um fundamento autônomo da autoria mediata”*.

³¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Autoria e participação no domínio da criminalidade organizada *in* **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. 1999, p. 357.

Neste sentido, esclarece a doutrina de Arthur Pinto de Lemos Júnior³² que, havendo **domínio por organização**, a estrutura tida por criminosa confere ao “sujeito de trás” **o controle** do funcionamento da associação semelhante ao de uma máquina, e os fatos se desenrolam **independentemente da vontade autônoma do executor**.

Para Claus Roxin³³, a **fungibilidade** é o que garante ao “homem de trás” a execução do fato e o permite dominar os acontecimentos. Como bem explica o doutrinador, **o autor imediato é apenas uma engrenagem substituível na maquinaria do aparato de poder, ou seja, em caso de falhas ou má-execução, poderá ser facilmente substituída por outra.**

Assim, fácil perceber que o verdadeiro instrumento não é a pessoa individual, mas sim um mecanismo de poder que funciona de modo praticamente automático, um aparato que seguirá funcionando sem maiores dificuldades, mesmo com a eventual negativa do indivíduo executor de agir. **Desaparece, portanto, a vontade do indivíduo, a qual sucumbe à vontade da organização**³⁴.

Em última análise, pois, **evidencia-se a inexistência de um co-domínio funcional do fato pelo executor, porque, no esquema caracterizado pela sua fungibilidade, este não detém o domínio do fato ou a energia necessária para obstar o êxito do crime planejado.** O executor, reitera-se, é uma mera peça dentro de uma máquina sofisticada, perfeitamente substituível por outra e por isso merece ter sua responsabilidade penal excluída³⁵.

É exatamente o caso dos autos, no qual se insere a conduta do Recorrente absolutamente substituível, posto a ausência de autonomia para adotar decisões quanto às exigências de Youssef.

Ora, a absoluta ausência de domínio do fato coloca Rogério Cunha em diferente patamar de culpabilidade, isentando-o da responsabilidade pelo hipotético delito de corrupção. Se Rogério não tinha autonomia para falar em nome da empresa e não cabia a ele decidir

³² LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. A responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas *in* **Revista da escola paulista da magistratura**, v. 3, nº 2, 2002, p. 142.

³³ ROXIN, Claus. La autoría mediata por dominio en la organización *in* **Problemas actuales de dogmática penal**. Lima, 2004, p. 10.

³⁴ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. A responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas *in* **Revista da escola paulista da magistratura**, v. 3, nº 2, 2002, p. 144.

³⁵ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. A responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas *in* **Revista da escola paulista da magistratura**, v. 3, nº 2, 2002, p. 148.

acerca dos pagamentos, ele tampouco teria como fazer cessar as exigências de Youssef.

De outro lado, ainda que ele descumprisse o determinado por seus superiores, isso não seria suficiente a cessar a cadeia causal de fatos, posto que outro alguém o substituiria na sua função. Por óbvio, o único resultado diferente do que efetivamente ocorrera é que Rogério Cunha perderia seu emprego, como resultado de sua negativa.

Embora esses argumentos tenham sido lançados nas alegações finais de defesa, deles silenciou a sentença, limitando-se a aduzir, sucintamente, que *“o fato de ter atuado em subordinação a Sergio Cunha Mendes não elimina a sua responsabilidade criminal”*.

Como é óbvio, não foram esses os argumentos defensivos lançados na peça final. Tratou-se, registre-se, da alegação da conduta substituível, o que redundava na impossibilidade de fazer cessar a cadeia causal por ausência de autonomia e poder de decisão. Ao contrário da simples alegação de subordinação, tais condições interferem, sim, na caracterização e/ou na valoração da culpabilidade, por ausência do domínio do fato.

Rogério não tinha, e nunca teve, domínio dos fatos em apuração. Tal tese, não enfrentada na sentença, deve ser analisada por esta Corte Federal.

E mais: na aferição da ausência de sua culpabilidade, não se pode esquecer da efetiva colaboração do Recorrente com esse Juízo para o deslinde da investigação, já que desde o início (ainda em fase policial) Rogério pautou sua defesa pela apresentação dos fatos tais como eles ocorreram. Em outras palavras: nunca fugiu da verdade, fato reconhecido em diversos trechos da sentença.

10.3 VANTAGEM INDEVIDA PAGA EM VIRTUDE DE AMEAÇA FEITAS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE CONCUSSÃO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

Por fim, ainda com relação ao crime de corrupção, traz-se à colação algumas considerações acerca da conduta dos funcionários públicos, de forma a suscitar uma reanálise da tipificação dos fatos.

Antes de mais nada, deve-se ter em conta que, com relação à empresa Mendes Júnior, os únicos pagamentos efetuados a Alberto Youssef são aqueles discriminados nos interrogatórios policial e judicial de Rogério Cunha. Como já aludido, o Recorrente desconhece qualquer outro contrato e/ou pagamento.

Não havia, pois, a questão de pagamentos de percentuais na monta apontada pela sentença, considerando percentuais de pagamentos por cada obra.

A cobrança em relação à empresa Mendes Júnior relacionou-se ao valor aproximado de 08 milhões de reais, e o próprio Youssef explica que “não havia uma regra” de percentuais, uma vez que se podia pagar 0,5% ou 0,75% aproximadamente³⁶ quando a empresa não tinha condições de pagar mais.

Tal fato é, inclusive, confirmado no minuto 00:19:30h do vídeo 06 do evento relacionado ao interrogatório de Alberto Youssef.

No referido minuto, Youssef diz que todos os pagamentos da Mendes Júnior a Paulo Roberto Costa passavam por ele, e que ele desconhece pagamento efetuado diretamente a Paulo Roberto Costa. Diz, ainda, que os pagamentos efetuados foram todos feitos através das notas das empresas dele, a GFD e a Rigidez. **Do referido relato se conclui, portanto, inexistirem pagamentos que não os já relatados pelo próprio Recorrente.**

Na mesma medida, o acusado Sérgio Mendes confirma ter havido, apenas, o pagamento dos 08 milhões exigidos naquela ocasião:

Ministério Público Federal: E nesses outros consórcios aqui, em que a Mendes Júnior participou, por exemplo do COMPERJ, do consórcio com a ODEBRECHT e a UTC, não houve pagamentos ao Alberto Youssef, a Paulo Roberto Costa?

Interrogado: Que eu saiba nada, nós não somos líderes lá, o líder lá é a ODEBRECHT, que eu saiba, nada. O único pagamento que foi feito ao Alberto Youssef foi essa extorsão que foi feita nessa pressão do aditivo, desses dois projetos.”
(depoimento Sérgio Mendes)

³⁶ Minuto 00:19:00 do interrogatório de Youssef nesses autos, vídeo 06.

Pois bem. A sentença condenou o Recorrente à prática do delito tipificado no art. 333 (corrupção ativa) do Código Penal, imputando-o o reconhecimento de conluio de vontades entre as pessoas relacionadas à Mendes Júnior e o denunciado Paulo Roberto Costa, o qual responde pelo crime previsto no art. 317 (corrupção passiva) do Código Penal.

Nesse sentido, foi analisada a tese defensiva de incidência do crime de concussão por parte do funcionário público em detrimento da empreiteira, e não incidência do crime de corrupção:

(...)

427. Cumpre examinar o álibi apresentado, de que os pagamentos teriam sido feitos a título de extorsão e não corrupção.

428. Há vários problemas com o álibi.

429. O primeiro é a inconsistência entre o depoimento prestado por Sergio Cunha Mendes no inquérito e o prestado em Juízo. A divergências são circunstanciais, mas dizem respeito a detalhes muito relevantes dos fatos. Como visto, na primeira versão, a solicitação de propina teria chegado a ele por Rogério Cunha, enquanto na segunda por Paulo Roberto Costa e ele é quem teria procurado Rogério Cunha. Na primeira, as tratativas teriam sido efetuadas entre Rogério Cunha e Alberto Youssef, enquanto, na segunda, o acusado Sergio teria participado de reunião com Rogério Cunha e Alberto Youssef. É evidente que, no interrogatório judicial, Sergio Cunha Mendes ajustou seu álibi à versão dos fatos formulada no depoimento de Rogério Cunha. As diferenças circunstanciais relevantes prejudicam a credibilidade do álibi.

430. Mas há problemas maiores.

431. Como visto no tópico II.10, está provado, por prova oral, documental e circunstancial, o cartel das empreiteiras, a participação nele da Mendes Júnior e a obtenção por ela de pelo menos dois grandes contratos da Petrobrás. Há certa vinculação entre o cartel e a propina, pois esta, em parte, era paga para evitar que os dirigentes da Petrobrás, que tinham conhecimento da prática, a ela se opusessem.

432. Não obstante, de forma inconsistente com as provas dos autos, nenhum dos dirigentes da Mendes Júnior admitiu a existência do cartel e do ajuste fraudulento de licitações.

433. Por outro lado, o crime de extorsão do art. 316 do CP pressupõe uma exigência do agente público baseada em alguma espécie de compulsão, seja por coação ou ameaças irresistíveis ou às quais o particular poderia resistir apenas com dificuldade.

434. No caso presente, nenhum dos colaboradores descreveu situações claras de extorsão. José Janene é apontado como um homem truculento, mas em episódios relacionados à cobrança de propinas atrasadas e não nos próprios acertos da propina. José Janene faleceu em 2010 e, portanto, também não pode ser considerado como causa de extorsão de pagamentos que se estenderam até 2013.

435. Nem mesmo na versão dos fatos formulada pelos acusados Sergio Cunha Mendes e Rogério Cunha de Oliveira há descrição de uma situação clara de compulsão. Não teria havido segundo eles, nenhum ato

concreto, antes do pagamento da propina, pela Petrobrás obstaculizando o recebimento dos valores devidos à Mendes Júnior. Toda a negociação e compulsão teria vindo basicamente de Alberto Youssef e o único contato com Paulo Roberto Costa teria sido um telefonema deste para Sergio Cunha Mendes.

436. Quem é extorquido, procura a Polícia e não o mundo das sombras.

437. Não é possível aceitar que a Mendes Júnior, poderosa empreiteira, não poderia, entre 07/2011 quando os contratos fraudulentos foram celebrados a 06/2013, quando a última parcela da propina foi paga, considerando apenas os fatos provados documentalmente, recusar-se a ceder às exigências indevidas.

438. Paulo Roberto Costa deixou a Diretoria de Abastecimento da Petrobrás em abril de 2012, enquanto o pagamento da propina, pela Mendes Júnior, persistiu mesmo depois, com pagamentos de R\$ 938.500,00 em 16/05/2012, R\$ 989.179,00 em 25/05/2012, R\$ 494.589,50 em 25/06/2012, R\$ 247.294,75 em 16/07/2012 e R\$ 247.294,75 em 07/06/2013.

439. Se antes, tinha ele algum poder para retaliar a Mendes Júnior, isso não seria mais verdadeiro após abril de 2012, ainda assim a empreiteira efetuou vultosos pagamentos da propina até o distante junho de 2013. Ora, quem é vítima de extorsão, não honra compromissos de pagamento com o algoz.

440. Falta, portanto, ao álibi uma justificativa para esses pagamentos. Quem teria ameaçado a Mendes Júnior para que ela pagasse propina até 2013? José Janene estava morto desde 2010 e Paulo Roberto Costa afastado da Diretoria da Petrobrás desde abril de 2012. Já Alberto Youssef, o intermediador, não teria potencial para intimidar a Mendes Júnior. Ainda que saiba, por outro lado, que os valores eram também distribuídos a agentes políticos, isso não foi admitido por Sergio Mendes e por Rogério Cunha em seus interrogatórios, tornando toda a versão inconsistente com a realidade provada.

441. Aliás, mesmo depois da prisão preventiva de Paulo Roberto Costa e de Alberto Youssef, em 17 de março de 2014 e até prisão dos executivos da Mendes Júnior em novembro de 2014, não houve qualquer iniciativa da empreiteira em revelar que ela teria pago propinas, o que seria o esperado se tivesse sido vítima de extorsão e não cúmplice de corrupção.

442. No fundo, a explicação foi dada, com muita singeleza, por Júlio Gerin de Almeida Camargo, ouvido neste feito como testemunha, e que também intermediava propinas em contratos da Petrobrás (evento 390):

"Defesa de Alberto Youssef: Dentro do que o senhor está respondendo, se o senhor puder me explicar, na condição de colaborador, porque nenhum, o senhor, o senhor Augusto, as suas empresas, não denunciaram que esse fato vinha de dentro, dos dois diretores? Ou seja, basicamente, porque não se pediu o afastamento dos diretores Duque e Paulo Roberto Costa? Ou se não foi feito porque não eram eles os verdadeiros responsáveis por esse esquema de corrupção?"

Júlio Camargo: Ah, doutor, isso daí não foi pedido porque, na verdade, o mercado em geral estava contente, o mercado estava satisfeito com aquilo que estava acontecendo.

Defesa de Alberto Youssef: Satisfeito.

Júlio Camargo: Um monte de obras acontecendo, todos eles acontecendo num desenvolvimento rápido, acelerado, então, o senhor vai denunciar para quê?"

443. Então, não houve extorsão, mas sim corrupção.

Antes de aprofundar a questão, tenha-se que, comentando o tópico 429, o álibi de Rogério Cunha – de ter havido concussão – não pode ser prejudicado em razão de o acusado Sérgio Mendes ter modificado sua versão. Como é patente, Rogério nunca mudou sua versão, e desde o início da investigação, antes mesmo do oferecimento da denúncia, já relatou à autoridade policial os fatos tais quais aconteceram, confirmando a reunião com Youssef e a solicitação de pagamentos indevidos.

Outrossim, a posição de Rogério Cunha nos autos é bem diversa daquela dos sócios de empreiteiras, que detinham poder de decisão a anuir ou não com eventual exigência feita por funcionário público. Não cabia a Rogério Cunha, portanto, na condição de ouvinte, negar uma exigência que não lhe era direcionada – e sim ao sócio da Mendes Júnior, Sérgio Mendes – e buscar a polícia para relatar a concussão que presenciara.

Ora, o inarredável fato de Paulo Roberto Costa afirmar e reiterar, em seu depoimento, que nunca tratou de negociação ou pagamento de propina com Rogério Cunha (mas o tratou tão-somente com Sérgio Mendes) não pode ser esquecido. É que, ainda que se considerasse a hipótese de haver corrupção, e não concussão, os fatos não estavam assim delineados com relação à Rogério Cunha, quando o mesmo foi convocado a assistir a dita reunião.

Como já explanado, a atuação do Recorrente cingiu-se, como se demonstrou, a de um expectador de uma reunião na qual Youssef exigiu valores da empresa. Assim, caso se admitisse que os pagamentos questionados faziam parte de uma corrupção endêmica, já combinada antes entre representantes da Mendes Júnior com Paulo Roberto Costa e relativa a todos os contratos firmados com a Petrobrás, **Rogério Cunha não sabia nem participara desse acordo ou negociação, e não tinha como deles saber.**

Nesse raciocínio, para Rogério, tratava-se, sim, de uma exigência do funcionário público, a qual o proprietário da empresa (Sérgio Mendes) cedeu e determinou-lhe o cumprimento.

Não bastasse isso, não se vinculou Rogério Cunha à acusação de participação em suposto crime de cartel, acusação da qual, segundo a sentença, encontrava-se umbilicalmente ligada à de corrupção.

Aliás, salta aos olhos que a imputação da suposta prática de corrupção não se coaduna com a realidade fática, seja para quem tinha o poder de decidir, seja para quem observou a situação sem acesso a negociações

com Paulo Roberto Costa (como foi caso do Recorrente). É que nenhum dos dois tipos penais, seja o de corrupção ativa, seja o de corrupção passiva, se adequam ao próprio relato dos delatores.

Voltando ao delito de concussão, a tipificação do art. 316 do Código Penal – desde logo prequestionado – descreve a conduta do funcionário público que exige, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida. Para Nélson Hungria, o tipo em questão pressupõe:

“Exigir é impor como obrigação ou reclamar imperiosamente. A exigência pode ser formulada diretamente, a viso aberto ou facie ad faciem, sob ameaça explícita de represálias (imediatas ou futuras), ou indiretamente, servindo-se o agente de interposta pessoa, ou de velada pressão, ou fazendo supor, com maliciosas ou falsas interpretações, ou capciosas sugestões, a legitimidade da exigência. Não se faz mister a promessa de infligir um mal determinado: basta o temor genérico que a autoridade inspira.”³⁷

Como se pode perceber, enquanto na corrupção o funcionário não impõe sua exigência ou há entre as partes um acordo de vontades, **na concussão não existe uma doação pecuniária espontânea, o sujeito passivo permanece sob pressão e cede diante da ameaça de lesão.** Em síntese, nos dizeres de Nelson Hungria, “*na corrupção o funcionário solicita ou aceita; na concussão, exige*”³⁸.

Conforme reconhece o órgão ministerial em suas alegações derradeiras, para que se configure o delito de concussão, deve-se observar o cumprimento de três premissas:

- 1- Ser o crime de iniciativa do funcionário público;
- 2- Ser a exigência de vantagem indevida realizada pelo funcionário público em razão de sua autoridade sobre o sujeito passivo, decorrente do exercício de função pública;
- 3- Ser a exigência de tal forma contundente que cause temor na vítima que se vê submetida a coação moral de difícil resistência.

Em relação aos dois primeiros pontos, a prova dos autos é extremamente contundente. Paulo Roberto Costa, em conluio de desígnios com Alberto Yousseff, procurou o representante da Mendes Júnior Sérgio Mendes para impor-lhes o pagamento de vantagens indevidas em função do

³⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: vol. 09. Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 359

³⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: vol. 09. Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 360

cargo exercido por Paulo Roberto Costa, fixados para a aprovação de aditivos aos contratos do TABR e REPLAN (Consórcio CMMS).

Tanto o Recorrente, quanto o réu Sérgio Mendes, quanto o próprio delator Alberto Youssef, deixaram claras as premissas acima.

Tal sequenciamento de fatos foi muito bem explicitado pelo Recorrente em seu interrogatório, conforme se extrai do seguinte trecho:

Juiz Federal: Essa outra parte da acusação relativa aos pagamentos ao Paulo Costa e ao Alberto Youssef, o que o senhor pode me dizer a esse respeito?

Interrogado: Eu estava em Belo Horizonte, o Sérgio Mendes me ligou, tinha dois meses que eu tinha assumido a diretoria, tinha até pouco contato com o Sérgio ainda e com o doutor Murilo, dizendo que o Paulo Roberto tinha ligado pra ele e que um emissário do Paulo Roberto, um tal de Primo, ia procurar no dia seguinte pra tratar de assunto de interesse da Mendes Júnior. O Sérgio me ligou, contou essa história e pediu que eu fosse para o escritório de São Paulo pra essa reunião. Aconteceu essa reunião, o Sérgio me apresentou ao Primo, e o Primo colocou para o Sérgio que a gente estava em andamento de discussão, até eu tenho pra apresentar para o senhor uma documentação aqui agora, de três aditivos... Até vou passar aqui, fica melhor pra... Isso é uma carta da Petrobras em 26 de janeiro de 2011, eu vou explicar essas colunas que tem aí. Essa primeira coluna aqui é a carta, é o número da carta, então a carta aqui 587176 de 2009, a data da entrega da carta, aqui tem o objeto da carta, qual é, e na última coluna aqui tem o status. Esse status a Petrobras qualifica aqui que a carta tem mérito e falta discutir valor, e ela lista aqui todas as cartas que nós apresentamos pra discutir valor, isso somava aproximadamente R\$ 224.000.000,00 na época.

Juiz Federal: Isso está vinculado a alguma obra específica ou...

Interrogado: Está. Isso é Barra do Riacho.

(Transcrição do interrogatório de Rogério Cunha Mendes – fls. 06)

Durante esta reunião, Alberto Youssef, como porta-voz de Paulo Roberto Costa, apresentou a **exigência** de pagamento da quantia de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais), como requisito para a aprovação dos aditivos contratuais, sendo bastante contundente ao afirmar que **acaso não fosse paga a quantia solicitada, a empresa Mendes Júnior sofreria diversas dificuldades na aprovação dos aludidos aditivos, com interferência direta, neste sentido, do Sr. Paulo Roberto Costa, com vistas a prejudicar a empresa.**

Destaque-se, aqui, que não se tratou da adoção voluntária de acordo mutuamente benéfico. Muito pelo contrário, o valor foi imposto pelo Diretor de Abastecimento, simplesmente para abster-se de dificultar a tramitação dos aditivos perante os órgãos da estatal.

Tal fato foi devidamente esclarecido no depoimento de Julio Gerin Camargo e Augusto Ribeiro, no evento 390 destes autos:

1020. Defesa de Sérgio Mendes e Alberto Vilaça: No depoimento que o senhor prestou em colaboração, várias vezes o senhor usou a palavra que tanto o diretor Paulo Roberto Costa, quanto o diretor Renato Duque faziam exigência das comissões em torno de 1%. Se não houvesse o pagamento dessas comissões os negócios se desenvolviam? Havia o acerto de aditivos e assim por diante, ou houve riscos das empresas sofrerem consequências se, eventualmente, não aderissem ao que o Deputado Janene, Paulo Roberto ou Renato Duque exigiam?

1021. Depoente: Havia risco de não haver sucesso na assinatura, de haver dificuldade no desenvolvimento do projeto, e diria até que os aditivos seriam uma consequência natural se esse procedimento não fosse feito.

(Julio Gerin Camargo, evento 390, grifado)

2308. Defesa de Alberto Youssef: O senhor menciona é que o então Deputado José Janene é quem seria o interlocutor político, agente político responsável pela interlocução do diretor Paulo Roberto Costa perante os empreiteiros. A pergunta que eu quero fazer é: nas outras diretorias, principalmente a de Renato Duque e Pedro Barusco, quem eram os interlocutores políticos, os agentes políticos que faziam essa interlocução com os empreiteiros?

2309. Depoente: Eu não sei se ele era um agente político fazendo a interlocução pelo Paulo Roberto Costa. Ele me procurou, que ele havia sido o responsável pela indicação de Paulo Roberto Costa e por isso estava exigindo que a gente fizesse uma contribuição.

(Augusto Ribeiro, evento 390, grifado)

O fato de os pagamentos terem sido **exigidos**, e não acordados, foi também relatado nos autos da ação penal nº. 5083376-05.2014.404.7000 e, ainda, no evento 529 dos autos 5073475-13.2014.404.7000:

Defesa:- E ele dizer ao senhor, que ele era a pessoa que havia nomeado o senhor Paulo Roberto Costa para Diretor de Abastecimento da Petrobrás, significava o quê? O que ele queria dizer com isso?

1367. Depoente:- Ele queria dizer que havia nomeado o Paulo Roberto e que ele queria uma comissão pelo contrato, e que se nós não cumpríssemos teríamos sérios problemas.

1368. **Defesa:-** Ou seja, não foi do senhor que partiu nenhuma promessa de pagamento de propina, mas ela ali foi exigida pelo senhor José Janene, é isso?

1369.

1370. **Depoente:- Exatamente.**

...

Defesa:- E, paralelamente a esse fato, havia algum outro evento ocorrendo em que se negociava a exigência do recebimento de propina por parte das diretorias?

1381. **Depoente:-** Sim. Essa foi uma época onde o Janene estava conversando com as empresas.

...

1675. **Defesa:-** Da sua... Dr. Júlio, pela defesa do Alberto Youssef, novamente.

1676. **Depoente:-** Pois, não.

Defesa:- Como sendo colaborador, o senhor em todas as audiências vem reiterando a expressão “era a regra do jogo”. Eu gostaria, como é uma regra, quem é que estabelecia a regra do jogo?

1677. **Depoente:-** A regra do jogo foi uma expressão que eu, na verdade, eu que, não que inventei, eu que coloquei pra exemplificar a operacionalização dessa negociação. Evidentemente que, no momento que você teve uma conversa com a área de engenharia, que era quem negociava os contratos e você tinha e houve uma exigência nesse valor de um por cento e quando você tinha outra área de abastecimento que era a dona do projeto, fazia o projeto acontecer, que fazia as especificações no projeto e que também participava das negociações, e que também estabeleceu um por cento, na minha opinião, isso era uma versão minha, criou-se uma “regra do jogo”.

(Depoimento de AUGUSTO RIBEIRO nos autos da ação penal 5083376-05.2014.404.7000, grifado)

“QUE as negociações foram “bastante duras”, pois as “demonstrações de poder foram relevantes”; QUE, por exemplo, PAULO ROBERTO COSTA vetou um aditivo de um contrato da MPE e a SOG, da REDUC, onde todos os níveis da companhia achavam que o declarante tinha razão e PAULO achou que não; QUE por consequência, a PETROBRÁS não pagou esse item, o que trouxe grande prejuízo ao consórcio; QUE isso se deu mediante interpretação pessoal de PAULO ROBERTO, enquanto técnicos que examinaram os detalhes durante meses, entenderam que era devido.”

Evento 529 – processo 5073475-13.2014.404.7000 - AUGUSTO RIBEIRO - TERMOTRASCDEP 3

“QUE essa razão fez com que os aditivos no fundo tivessem uma importância muito grande e os Diretores tinham o poder de retardar esse processo; QUE na Diretoria de PAULO ROBERTO COSTA, JOSÉ JANENE e ALBERTO YOUSSEF pediram valor maior aos aditivos para “atrapalhar menos”; QUE, como exemplo, o declarante afirma que em um contrato no HDT da REDUC, em consórcio da SOG e MPE, o declarante apresentou um aditivo amplamente discutido e aprovado na equipe técnica da PETROBRÁS, que percorreu todas as instâncias até ser barrada a aprovação do Diretor PAULO ROBERTO, o qual, simplesmente negou, por entender que o pedido não cabia às exigências do edital; QUE isso gerou grande prejuízo ao consórcio (...)”

(Evento 529 – processo 5073475-13.2014.404.7000 - AUGUSTO RIBEIRO - TERMOTRASCDEP 4)

“QUE neste contrato da REPAR, JOSÉ JANENE e RENATO DUQUE também exigiram cada qual, de forma independente, a sua parte consistente em propina;”

(...)

“QUE as demonstrações eram no sentido de “ou pagava ou a consequência era grande”; QUE JOSÉ JANENE chamou o declarante várias vezes em seu escritório em São Paulo/SP, no bairro Itaim, na rua Gerônimo da Veiga, para reuniões **de intimidações e ameaças**;”

(Evento 529 – processo 5073475-13.2014.404.7000 - AUGUSTO RIBEIRO - TERMOTRASCDEP 5)

“QUE a **exigência** do pagamento de propinas partiu do Diretor de Abastecimento PAULO ROBERTO COSTA e do Diretor de Engenharia e Serviços, RENATO DUQUE; QUE essa **exigência** partiu diretamente de ambos ao declarante; QUE não houve conhecimento de todos os integrantes do consórcio”

(...) “QUE para que tal contrato fosse viabilizado, houve a **exigência** de vantagem indevida pelo Diretor de Abastecimento PAULO ROBERTO COSTA (...)”

(Evento 529 – processo 5073475-13.2014.404.7000 - JULIO CAMARGO - TERMOTRASCDEP 15)

Não se tratava, pois, de acordo. Era clara a exigência de pagamento.

E não se diga que a exigência elencada no art. 316 do CP teria que corresponder a uma ameaça à integridade física, como equivocadamente faz crer a sentença, no tópico n. 433 e 434. Uma simples leitura do dispositivo já demonstra tal desnecessidade.

Ora, o próprio Paulo Roberto Costa afirma terem sido feitas **intimidações** aos supostos envolvidos no esquema, ainda que atribuam as ameaças ao ex-deputado federal José Janene, eximindo-se de maiores responsabilidades neste sentido. É o que se percebe dos seguintes trechos de seu interrogatório:

259. Juiz Federal: O senhor chegou a ameaçar alguma empresa, algum desses empresários por conta de, de, desse comissionamento, dessa propina?

260. Interrogado: Eu pessoalmente não, mas sei que o deputado sim.

261. Juiz Federal: O senhor sabe por quê? O senhor presenciou ou o senhor ouviu?

262. Interrogado: Teve reunião que eu presenciei que ele apertou as empresas em relação ao percentual que cabia ao PP.

263. Juiz Federal: O quê que, por exemplo, que tipo de afirmação que ele fez, que tipo de...?

264. Interrogado: Que ia ter dificuldades dentro da Petrobras, ou ia ter outras dificuldades que ele podia criar, como político, podia criar em relação à empresa A, B ou C. Dentro da Petrobras também, vale a pena esclarecer, talvez não tenha ficado claro, e isso também a imprensa coloca de forma divergente, que eu podia, por exemplo, atrasar pagamentos.

(...)

634. Ministério Público Federal: O senhor mencionou também que, em determinada reunião, o senhor José Janene fez uma ameaça em relação a atrasados. Essa ameaça foi uma coisa pontual dessa reunião ou era uma coisa que acontecia sempre?

635. Interrogado: Que eu presenciei, acho que foi pontual, que eu presenciei, mas eu sabia que ocorreram várias outras reuniões que eu não participava que ele tinha também participação e algumas vezes me colocaram que as participações dele foram muito fortes.

(Trechos do interrogatório de Paulo Roberto Costa)

E mais. Em seus depoimentos na ação penal n°. 5026212-82.2014.404.7000, tanto Paulo Roberto Costa quanto Alberto Youssef deixam claro que os pagamentos eram exigência do funcionário da Petrobrás para que não prejudicasse as empresas cobradas:

Juiz Federal: - O senhor pode me esclarecer como é que funcionava essa... vamos dizer, desvios de valores da Petrobrás ou de contratos celebrados por essas empreiteiras com a Petrobrás? Como que isso funcionava? O que é que o senhor tem conhecimento dessa...?

Interrogado: -Bom, o conhecimento que eu tenho é que toda empresa que tinha uma obra na Petrobrás algumas delas realmente pagavam, algumas não pagavam, mas é que todas elas tinham que pagar 1% pra área de Abastecimento e 1% pra área de Serviço.

(...)

Juiz Federal: - O senhor pode me esclarecer, o senhor mesmo mencionou que o senhor participou de algumas dessas reuniões nas quais foram definidos esses, esse percentual, qual que era, como que era essa negociação, qual que era o ganho da empresa, o quê que ela ganhava efetuando esse pagamento de 1 %, por exemplo?

Interrogado: -Na verdade ela ganhava a obra. Se ela não pagasse tinha ingerência política e do... e do próprio diretor que ela não fazia a obra se ela não pagasse.

Juiz Federal: - Mas isso era colocado pra empresa de uma maneira...?

Interrogado: - Era bem colocado sim, Vossa Excelência. Muito bem colocado.

(...)

Defesa de Alberto Youssef: - O senhor disse que ficava muito claro nessas reuniões que as empreiteiras tinham que se submeter ao sistema, sob pena de não participarem?

Interrogado: - É, na verdade, as empresas, principalmente as grandes, ficavam refém desse esquema porque: ou participa ou não tem obra.

(Evento 1101 do processo n. 5026212-82.2014.404.7000)

Tais depoimentos, acima transcritos, revestem-se de maior importância para a inteligência dos fatos do que aqueles posteriormente prestados pelos mesmos delatores, já que, quando

prestados os primeiros depoimentos, o Ministério Público Federal ainda não conhecia as teses defensivas e não buscava atacar a caracterização da concussão. Dessa forma, os delatores não tentavam ainda mudar a versão dos fatos (para suavizar a “exigência” e transformá-la em “acordo”) para satisfazer o ímpeto ministerial e, assim, obterem mais vantagens no acordo firmado com o *Parquet*.

Corroborando o aludido, imperioso observar os relatos trazidos pelo Recorrente e por Sérgio Mendes em seus interrogatórios, os quais se coadunam, aliás, com os depoimentos dos demais sócios de empreiteiras que depuseram nos autos correlatos:

Juiz Federal: Sim, e?

Interrogado: E nessa reunião o Youssef colocou para o Sérgio que esses aditivos só seriam pagos, esses que seriam na realidade dois aditivos de Barra do Riacho e um aditivo do CMMS, são três aditivos que somavam 300 e poucos milhões na época, que só seriam pagos, os serviços já estavam executados, mediante o pagamento de R\$ 8.000.000,00 e que ele queria, desses R\$ 8.000.000,00, R\$ 1.200.000,00 que a Mendes pagasse adiantado.

Juiz Federal: Essa reunião foi onde?

Interrogado: Foi no escritório da Mendes Júnior em São Paulo, entre maio e junho.

Juiz Federal: Quem estava presente, o senhor pode repetir?

Interrogado: Estava presente o Sérgio Mendes, presente o Alberto Youssef e eu.

Juiz Federal: E o Paulo Costa não?

Interrogado: Não, eu nunca tive reunião com o Paulo Costa, a não ser reunião técnica da Petrobras com equipes, mais de 10 pessoas em sala.

Juiz Federal: E quem falou que esses aditivos não seriam aprovados seria o Alberto Youssef então?

Interrogado: O Alberto Youssef. Bom, não seriam aprovados e a Mendes Júnior teria retaliações de não ser convidada, etc., aquela conversa de sempre que a gente tem escutado nos depoimentos. A reunião acabou, o Sérgio disse que depois daria uma posição pra ele e pediu pra aguardar depois, o Sérgio disse, “Olha, você aguarde que depois eu lhe dou uma posição”. Eu fiquei assustado, nunca tinha na minha vida toda, presenciado uma solicitação dessas, era um serviço que a gente, a gente apresentou um preço de R\$ 125.000.000,00, que era justo, só pagaram 85 e ainda estão pedindo dinheiro!

(...)

Juiz Federal: Depois que o senhor Paulo Roberto Costa deixou a Petrobras ninguém cogitou de tomar alguma providência concreta, de denunciar essa exigência que o senhor está mencionando aqui?

Interrogado: Olha, eu não sei, eu sei que o doutor Paulo Roberto Costa deixou a diretoria pra gente que trabalha com a Petrobras foi um alívio, porque a outra diretoria muito mais técnica, um pessoal que ia lá na obra verificar, ajudava pra que a obra andasse, eu não conversei nada disso com o Sérgio.

(Transcrição do interrogatório de Rogério Cunha Mendes – fls. 06)

Juiz Federal: Ministério Público fala de pagamentos de valores ao Senhor Alberto Youssef, ao Senhor Paulo Costa, o que o senhor pode me relatar aqui a esse respeito.

Interrogado: Ah, o que aconteceu foi que nessa relação que nós temos lá com a Petrobras, foi feito um pagamento em cima de um pedido, mas mais que um pedido, **uma espécie de pressão para que nós pagássemos em cima de um aditivo que nós tínhamos lá na Petrobras**, isso aconteceu em 2011 e foi feito em cima disso, em função até das nossas necessidades foi feito esse pagamento, foi em torno de R\$ 8.000.000,00 (...)

Juiz Federal:- O senhor pode descrever melhor as circunstâncias como isso ocorreu?

Interrogado:- Ocorreu o seguinte, o Doutor Paulo Roberto me ligou, pediu que eu seria procurado, na época que eu não sabia que era a mesma pessoa, por incrível que pareça, o Primo, e aí ele nos procurou, logo um dia depois, **nós fizemos uma reunião com ele onde ele colocou as condições, que nós tínhamos uns aditivos antigos lá já aprovados na parte técnica e que ele queria que nós fizéssemos um pagamento em cima disso senão nós seríamos retalhados em várias situações.**

(Transcrição do interrogatório de Sérgio Cunha Mendes – fls. 31)

E pior, mediante uma análise aprofundada da situação, é possível perceber que a Mendes Júnior foi forçada a desembolsar uma elevada soma de dinheiro apenas para garantir a aprovação de um aditivo cujo direito lhe era efetivamente devido por serviços de fato prestados para a Petrobras. Não se tratava de pagamento para que se obtivesse uma eventual vantagem pecuniária futura, mas sim, uma cobrança para permitir que a empresa fosse reembolsada – através de aditivos lícitos e já aprovados e discutidos em outras instâncias da Petrobrás – dos gastos que ultrapassaram o inicialmente previsto na obra.

Prova deste argumento é a ata de reunião entre o Consórcio CMMS, formado entre a Mendes Júnior, MPE e Setal, e a Petrobras, relativa ao contrato 0800.0038600.07.2, datada de 01 de setembro de 2011, já acostada aos autos (Out 10-24 do evento 581 – documentos acostado na fase do art. 402).

Conforme se pode perceber do item 2.4 da ata de reunião, uma série de itens foram especificados pela Petrobrás em quantitativo muito inferior àqueles efetivamente utilizados, o que configuraria uma enorme diferença entre os gastos inicialmente previstos e a quantia financeira efetivamente gasta pela Mendes Junior na execução da obra, exigindo-se, pois, a realização de aditivos contratuais. Veja-se, pois, o teor do item 2.4 da aludida ata de reunião:

ASSUNTOS TRATADOS		RESP.	DATA DE INCLUSÃO	PRAZO																																																												
2.3	O Consórcio entende que parte desta extensão de prazo deve-se ao aumento expressivo da quantidade de serviços exposta no Anexo XVIII - Quantidades Determinadas, interferências encontradas e não identificadas nos documentos de referência.																																																															
2.4	O CMMS registra que o FEED apresentado pela Petrobras na época da licitação, não previa aumento significativo de quantitativos em todas as disciplinas. No entanto, variações significativas foram evidenciadas em todas as disciplinas, conforme demonstrado abaixo: <table border="1"> <thead> <tr> <th>Descrição</th><th>Previsto</th><th>Real (até 16/06/2011)</th><th>Diferença</th><th>Aumento de HH</th></tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Estrutura Metálica</td><td>214 ton</td><td>936 ton</td><td>337%</td><td>397.100</td></tr> <tr> <td>Tubulação</td><td>1.137 ton</td><td>1.573 ton</td><td>38%</td><td>433.738</td></tr> <tr> <td>Cabos (Elétrica e Instrumentação)</td><td>280.008 m</td><td>587.400m</td><td>110%</td><td>399.610</td></tr> <tr> <td>Eletrodutos</td><td>45.525 m</td><td>90.863 m</td><td>100%</td><td>203.846</td></tr> <tr> <td>Bandejas de Elétrica</td><td>2.154 m</td><td>3.232 m</td><td>50%</td><td>6.134</td></tr> <tr> <td>Eletrocalhas de Instrumentação</td><td>6.570 m</td><td>8.708 m</td><td>33%</td><td>11.053</td></tr> <tr> <td>Perfilados de Instrumentação</td><td>2.200 m</td><td>10.377 m</td><td>372%</td><td>28.620</td></tr> <tr> <td>Luminárias</td><td>964 pc</td><td>1.612 pc</td><td>67%</td><td>3.810</td></tr> <tr> <td>Tubing</td><td>3.604 m</td><td>12.672 m</td><td>252%</td><td>31.637</td></tr> <tr> <td>Equipamentos da Subestação</td><td>138 uni</td><td>171 uni</td><td>24%</td><td>7.304</td></tr> <tr> <td colspan="4">Total Aumento de HH</td><td>1.522.852</td></tr> </tbody> </table> O CMMS registra ainda que o Hh total de MOD do Contrato, informado no DFP, é 2.291.021Hh. Por força do aumento de quantitativos houve acréscimo de 70% de MOD e por consequência o aumento de MOI que ainda não foi ressarcido. Desta forma, o CMMS reafirma que as variações de quantitativos justificam a variação de prazos no contrato. O CMMS enviará até 13/10/2011 as informações necessárias demonstrando o prazo necessário para execução do mesmo.	Descrição	Previsto	Real (até 16/06/2011)	Diferença	Aumento de HH	Estrutura Metálica	214 ton	936 ton	337%	397.100	Tubulação	1.137 ton	1.573 ton	38%	433.738	Cabos (Elétrica e Instrumentação)	280.008 m	587.400m	110%	399.610	Eletrodutos	45.525 m	90.863 m	100%	203.846	Bandejas de Elétrica	2.154 m	3.232 m	50%	6.134	Eletrocalhas de Instrumentação	6.570 m	8.708 m	33%	11.053	Perfilados de Instrumentação	2.200 m	10.377 m	372%	28.620	Luminárias	964 pc	1.612 pc	67%	3.810	Tubing	3.604 m	12.672 m	252%	31.637	Equipamentos da Subestação	138 uni	171 uni	24%	7.304	Total Aumento de HH				1.522.852			
Descrição	Previsto	Real (até 16/06/2011)	Diferença	Aumento de HH																																																												
Estrutura Metálica	214 ton	936 ton	337%	397.100																																																												
Tubulação	1.137 ton	1.573 ton	38%	433.738																																																												
Cabos (Elétrica e Instrumentação)	280.008 m	587.400m	110%	399.610																																																												
Eletrodutos	45.525 m	90.863 m	100%	203.846																																																												
Bandejas de Elétrica	2.154 m	3.232 m	50%	6.134																																																												
Eletrocalhas de Instrumentação	6.570 m	8.708 m	33%	11.053																																																												
Perfilados de Instrumentação	2.200 m	10.377 m	372%	28.620																																																												
Luminárias	964 pc	1.612 pc	67%	3.810																																																												
Tubing	3.604 m	12.672 m	252%	31.637																																																												
Equipamentos da Subestação	138 uni	171 uni	24%	7.304																																																												
Total Aumento de HH				1.522.852																																																												
2.5	A PETROBRAS e o CMMS concordam em discutir o item 2.4 posteriormente.																																																															
3	Decisões																																																															

(Assinaturas manuscritas)

2/3

Conforme facilmente se infere da tabela acima, apenas de estrutura metálica houve uma diferença entre previsão e realidade de 337%; de cabos elétricos e de instrumentação, uma disparidade de 110%; de eletrodutos, um aumento de 100% nos custos. Em síntese, não há qualquer dificuldade em se perceber que os valores perseguidos através dos aditivos contratuais representavam de fato quantias desembolsadas pelo consórcio e que deveriam ser adimplidas pela Petrobras. **A empresa, portanto, tinha direito ao que buscava receber, e o objeto do aditivo não se tratava de qualquer espécie de benefício.**

Ademais, como bem apontado no interrogatório do Recorrente, nem mesmo que quisesse, Paulo Roberto Costa poderia beneficiar a Mendes Júnior na aprovação destes aditivos. Seu único papel, quanto aos aditivos, era o de dar sua aprovação depois que diversos setores técnicos da

Petrobras já tivessem se posicionado favoravelmente ao pleito, pessoas que nenhuma relação detinham com o suposto esquema criminoso em investigação.

Como devidamente comprovado, todo o procedimento para a aprovação de aditivos seguia uma cronologia específica, com a participação de técnicos capacitados para aprovar ou não o projeto, detalhando cada item e analisando seu custo. Acaso estes grupos técnicos não dessem parecer favorável, o aditivo sequer seria levado para a apreciação e assinatura do Diretor de Abastecimento.

Ficou absolutamente claro que o Sr. Paulo Roberto Costa não detinha poder de majorar valores e em nada beneficiar a Mendes Júnior, na medida em que não tinha o condão de interferir na negociação dos pleitos. A única coisa que ele poderia fazer, acaso assim desejasse, era **atrapalhar**, isto é, **arquivar / engavetar** o aditivo, segurar o pagamento durante o tempo que quisesse.

Tudo isto foi devidamente narrado pelo Recorrente em seu interrogatório, conforme se afere dos seguintes trechos:

Defesa:- Bom, então o senhor já se referiu, já foi consignado que efetivamente a exigência era uma exigência de valor fixo e não de percentual, exigência de R\$ 8.000.000,00 para que fossem liberados os pagamentos correspondentes a estes 3 aditivos. ***Eu queria que o senhor explicasse um pouco o porquê, qual o motivo desses aditivos e como se deu o processamento, o procedimento pra pagamento desses aditivos?***

Interrogado:- Por exemplo, vamos dizer, vou começar com Barra do Riacho, Barra do Riacho o projeto base da Petrobras era muito, mas muito ruim, para o senhor ter ideia, por exemplo, uma obra de montagem industrial o carro-chefe dessa obra é tubulação, o projeto base da Petrobras foi orçado de uma previsão de 800 toneladas, foi realizado quase 1.700 toneladas de tubulação, isso em Barra do Riacho. No CMMS, deixa eu ver se eu acho aqui, eu até posso passar pra vossa excelência e para o ministério público, o que foi previsto no orçamento está em amarelo aqui e nessa outra coluna não estava ainda fechado o quantitativo real da obra, mas por exemplo, estrutura metálica era previsto 200 toneladas, foi feito 1.000 toneladas, e o que prejudica muito o andamento da obra, é que tudo vai em cima da estrutura metálica. E como é que a Petrobras trabalha, o sistema dela é o sistema que eles chamam de SAP, então nesse sistema SAP, por exemplo, ele cadastra no começo da obra estrutura metálica 200 toneladas, se você acabar com aquelas 200 toneladas, por exemplo, era 1.000, eu fiz as 200, faturei essas 200 no momento que eu executei e continuei fazendo que senão a obra para, então eu fiz mais, eu fiz pra 300, 400, 500; embora tenha dinheiro no contrato, que o contrato estava no meio, tinha dinheiro no contrato ainda, ele não consegue liberar nenhum pagamento de estrutura metálica porque naquele item cadastrado no SAP só tinha 200 toneladas, tem que fazer um aditivo que seja aprovado na diretoria e que lá na Petrobras se cadastre este aumento quantitativo no SAP, senão ele consegue me pagar.

Defesa:- Sim, mas aí se dá todo o, explica aí esse procedimento, passou das toneladas previstas originariamente, então...

Interrogado:- O que você fizer pra frente você não recebe até o aditivo estar aprovado.

Defesa:- E como se aprova esse aditivo, como é o procedimento?

Interrogado:- *Você faz uma carta, várias cartas, informando as mudanças de escopo, alteração de quantitativo, a Petrobras verifica aquilo junto ao projeto básico, o mérito, verifica que aquilo tem um mérito e ela cria uma comissão, a empresa cria outra comissão, essa comissão é feita na obra por técnicos e vão discutir o assunto, e são discussões, entre você apresentar um aditivo e aprovar ele é mais de um ano.*

Defesa:- *Com a participação de técnicos da Petrobras?*

Interrogado:- *Com participação de técnicos da Petrobras, porque ele vai analisar projeto a projeto, porque o seguinte, se o técnico da Petrobras não aprovar esse aditivo ninguém aprova, ninguém aprova, o técnico tem que aprovar.*

Defesa:- *Mas a empresa apresenta um valor originário?*

Interrogado:- *Ela apresenta um valor baseado, como que é o contrato da Petrobras, a Petrobras, quem ganha o contrato, faz parte do contrato um negócio chamado questão de DFP, que é demonstrativo de formação de preço, então todo aquele contrato e a planilha de preços está lastreada em cima daquele DFP, então, por exemplo, o DFP informa que eu previ que eu ia gastar R\$ 4.500.000,00 de H/H, de homem/hora, o valor é tanto e tem um valor lá, então tudo, toda a negociação é feita em cima daquilo e é de praxe também que na negociação a Petrobras não gosta de pagar o seu lucro, não gosta de pagar overhead, eles cortam isso, ele praticamente só quer te reembolsar o seu custo, você não tem lucro.*

Defesa:- *Então geralmente é pra baixo, geralmente o valor apresentado pelo consórcio nunca é...*

Interrogado:- *Não, sempre é bem abaixo.*

Defesa:- *Sempre é bem abaixo?*

Interrogado:- *Bem abaixo.*

(...)

Defesa:- *Pois não, excelência. Senhor Rogério, então, pelo que eu entendi, era apresentado o valor dos aditivos, o do aditivo especificamente, havia uma negociação acerca da correção da apresentação desse projeto, era discutido com os técnicos se reduzia efetivamente isso, mas o senhor teve uma reunião com o senhor Youssef onde houve uma cobrança de um valor de R\$ 8.000.000,00 pra liberar esses aditivos, o senhor Youssef tinha autorização do senhor Paulo Roberto Costa, por exemplo, ele propôs que se pagasse esses R\$ 8.000.000,00, o Paulo Roberto conseguiria que fosse pago o valor originário, o valor cobrado pela Mendes Júnior desses aditivos, ele chegou a oferecer, a dizer que Paulo Roberto interferiria nas negociações pra que a Mendes Júnior recebesse um valor maior ou o valor que estava sendo cobrado?*

Interrogado:- *Olha, eu não acredito até porque essa, por exemplo, você fez várias...*

Defesa:- *Não é o senhor acredita, a pergunta é específica, senhor Rogério, assim, se efetivamente o senhor Youssef disse que o senhor Paulo Roberto interferiria pra que a Mendes recebesse o valor que estava cobrando desses aditivos?*

Interrogado:- *Não, porque aqui nós apresentamos várias cartas, essas várias cartas apresentamos (inaudível), a Petrobrás pega essas cartas, ela vai acompanhada de um book com todas as informações de desenho, ela verifica aquilo tudo, confere, até ela ver que essa carta aqui, que tem um valor dessa carta de R\$ 10.000.000,00, ela tem mérito, se ela tem mérito ela vai criar uma comissão pra discutir aquela carta. Essa comissão é formada por técnicos da obra que são ligados à área de serviços, não são ligados a Paulo Roberto, o Paulo Roberto não pode interferir em nada nas negociações de pleito, nada, o que ele pode interferir é: chegou pra ele*

pra aprovar, ele pode olhar aquilo lá, dizer que não concorda ou botar na gaveta dele, ou segurar o tempo que ele quiser, ou então ele pode pedir que faça uma apresentação pra ele, ele diz que não concorda com aquilo, ele pode dizer que aquela reunião que teve lá não é devida, ele pode dizer que ele vai criar outra comissão, vai destituir aquela, pra discutir tudo de novo daquele pleito, mas aumentar pleito nunca, ele pode atrapalhar, colaborar não.

Defesa:- Então o senhor Youssef, pelo que eu entendi, o senhor Youssef a mando do senhor Paulo Roberto estaria exigindo R\$ 8.000.000,00 da Mendes Júnior pra pagar o que efetivamente a Petrobras entendesse que era o correto pra ser pago?

Interrogado:- O correto a ser pago.

Defesa:- Então não houve nenhuma promessa de vantagem efetivamente em relação a valores, a preços?

Interrogado:- Doutor, tudo isso aqui é ata de reunião, dura, discutida, brigada, é uma reunião dura, isso aqui não tem nem espaço, se eu apresento uma proposta de dentro do meu DFP que vale R\$ 200.000.000,00 e ele só me aprova R\$ 112.000.000,00, não tem nem jeito.

Defesa:- Então o valor cobrado era pra que de fato fosse pago o que a Petrobras tinha que pagar, acho que ele poderia retardar, é isso?

Interrogado:- É. A única coisa que ele podia fazer é retardar, retardar por um tempo aí gigantesco ou também pedir uma apresentação, não concordar com o pleito e pedir outra comissão. Então, assim, tudo ele pode fazer pra atrapalhar, mas pra ajudar nada, a não ser, por exemplo, fazer que o projeto tenha um encaminhamento normal dentro da Petrobras, por exemplo, isso aqui terminou a negociação vai para o jurídico, o jurídico analisa, aprova, devolve para a comissão, a comissão faz o relatório e encaminha para o diretor Paulo Roberto e para o diretor Renato Duque na época.

(Transcrição do interrogatório de Rogério Cunha Mendes – fls. 20/23)

O procedimento de aprovação de aditivos e o rígido controle exercido sobre ele pelos funcionários da Petrobras foram inclusive destacados pelo próprio delator Paulo Roberto Costa, em seu interrogatório, como se percebe do seguinte excerto:

267. Juiz Federal: *Esses aditivos, os aditivos dos contratos, também era pago propina ou comissionamento em cima dos valores deles?*

268. Interrogado: *Normalmente sim. Como é que funcionava, como é que funciona, acho que a Petrobras ainda funciona dessa maneira: vamos fazer uma licitação de uma plataforma, vamos fazer uma licitação de uma refinaria, isso é preparado pela área de serviço, todo o processo, é encaminhada essa minuta de contrato pro serviço jurídico da Petrobras, o serviço jurídico tem que opinar sobre isso e vai pra diretoria, quando vai pra diretoria, todos os diretores analisam as pautas previamente, então vamos dizer, não há possibilidade de um diretor da Petrobras, ou de um presidente da Petrobras, alocar coisas de forma errada dentro de um processo institucionalizado que a Petrobras tem de controle. “Ah, mas o controle foi falho”, foi falho, mas existia um controle muito grande. Qualquer processo desses passava, sei lá, por 30, 40, 50 pessoas um processo desses, então, vamos dizer, vamos fazer uma licitação da refinaria Abreu e Lima. A área de serviço vai lá, prepara o contrato da unidade de coqueamento retardado da refinaria Abreu e Lima, esse contrato vai pro jurídico analisar as cláusulas*

jurídicas, não técnicas obviamente. Aprovou, toda pauta que chegava na diretoria da Petrobras tinha que ter o parecer do jurídico, senão a pauta não era aprovada. Passa essa pauta por todos os diretores, inclusive o presidente. “Tá tudo certo?”, tá tudo certo. Aí era autorizado a fazer a licitação.

269. Juiz Federal: Certo.

270. Interrogado: *Aditivo, precisa fazer um aditivo, segue o mesmo processo, vai pro jurídico, vai pra diretoria, cada diretor examina e a diretoria aprova de forma colegiada. Então não há nenhum contrato da Petrobras que foi aprovado sozinho por Paulo, sozinho por Duque, sozinho por Gabrielli, isso não existe. Então, vamos dizer, existe e a Petrobras tem o controle. Falhou? Falhou, mas ela tem um controle.*

Vê-se, portanto, que os dois primeiros requisitos para o crime de extorsão, apresentados pelo próprio Ministério Público Federal, encontram-se amplamente configurados no caso em comento.

E o mesmo ocorre com o último ponto, já que patente a ameaça contundente que cause temor à vítima, que se vê submetida a coação moral de difícil resistência.

É que, apesar do poder econômico possuído pelas empresas em conjunto, não se pode colocá-las em posição igualitária, na medida em que a diferença de tamanho e de esfera de poder entre elas era extremamente significativa.

Ademais, as ameaças realizadas por Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef representavam vultosos prejuízos financeiros já despendidos no decorrer dos contratos do TABR e REPLAN, e significariam prejuízos financeiros de grande monta para a empresa, causando risco até mesmo de falência.

É o que se extrai dos seguintes trechos do interrogatório do Sr. Sérgio Mendes:

Juiz Federal:- *Ministério Público fala de pagamentos de valores ao Senhor Alberto Youssef, ao Senhor Paulo Costa, o que o senhor pode me relatar aqui a esse respeito.*

Interrogado:- *Ah, o que aconteceu foi que nessa relação que nós temos lá com a Petrobras, foi feito um pagamento em cima de um pedido, mas mais que um pedido, uma espécie de pressão para que nós pagássemos em cima de um aditivo que nós tínhamos lá na Petrobras, isso aconteceu em 2011 e foi feito em cima disso, em função até das nossas necessidades foi feito esse pagamento, foi em torno de R\$ 8.000.000,00 e o que aconteceu foi que a empresa, realmente ela estava em uma situação financeira muito apertada, devendo a muitos fornecedores, nós não temos, há muitos anos crédito com banco público, por causa das pendências que nós temos com o próprio governo, nós somos impossibilitados de Caixa, Banco do Brasil, BNDES a gente não opera há muitos anos, e realmente, a situação era muito grave para a gente e entendemos que se aproveitaram dessa oportunidade e nos*

fizeram uma extorsão, ou uma pressão, vamos dizer assim, para que fizéssemos esse pagamento.

(...)

Juiz Federal: *E esses pagamentos, por que não se cogitou de procurar as autoridades, procurar o Ministério Público?*

Interrogado: *Pelo que eu falei para o senhor, naquele momento nós não tínhamos a menor condição de fazer e foi até uma discussão do Doutor Murilo, ele ponderou muito isso, como que nós poderíamos fazer, mas como nós estávamos com dívidas muito grande com os fornecedores, projeto parado e a gente sabia que nós tínhamos outros projetos também com dificuldades na empresa, nós achávamos que nós não tínhamos muitas opções, que eram valores substanciais que iam dar sequência a empresa, inclusive de dar entrada nesses recursos para suprir o buraco que já vinha grande no projeto, nesses projetos. Então, nós entendemos que, e nós tínhamos algumas preocupações inclusive, até porque pela forma que o Youssef colocou para a gente, algumas ameaças de que ia pressionar para não ter continuidade na própria Petrobras.*

Não há, portanto, qualquer comprovação de ter o Recorrente praticado o crime de corrupção ativa. O que há, na verdade, é uma farta prova de que houvera extorsão por parte de agentes públicos, exigindo vantagens pecuniárias de elevada monta.

Diante de todo o exposto, resta plenamente configurado o tipo penal previsto no art. 316 do Código Penal, crime de concussão, na medida em que Paulo Roberto Costa e Alberto Yousseff, em conluio de desígnios, uniram-se para ameaçar os sócios da empresa Mendes Júnior, exigindo-lhe vantagens financeiras sob ameaça de prejudicá-los em seus direitos. Uma vez que os sócios, Dr. Murilo Mendes e Sérgio Mendes cederam à exigência ilegal, determinaram que Rogério Cunha colhesse os contratos para que a empresa realizasse os pagamentos exigidos.

10.4. DA TESE SUBSIDIÁRIA. HIPÓTESE DE CRIME ÚNICO DE CORRUPÇÃO. EQUÍVOCO NA QUANTIFICAÇÃO DOS FATOS.

Como exarado na sentença, o magistrado *a quo* considerou que cada contrato firmado com a Petrobrás corresponderia a um crime de corrupção:

“412. Houve cinco crimes de corrupção, um acerto por contrato obtido pela Mendes Júnior junto à Petrobrás, mediante pagamento de propina” (e. 1051 - sentença condenatória).

Nesta oportunidade, o Juízo *a quo* pontuou – de forma equivocada – que cada contrato de obra de refinaria firmado entre a Mendes Junior e a Petrobrás equivaleria a um crime de corrupção.

Nesse raciocínio, a absolvição do Recorrente nos fatos relacionados a dois desses contratos – Interpar e Regap – se deu diante do comprovado fato de que o Recorrido só se tornou diretor da empresa Mendes Júnior no ano de 2011, antes figurando como engenheiro exclusivo de obras específicas, muitas das quais sequer são nominadas no contexto dos autos.

Na sentença (e. 1051), o Juízo de 1º grau entendeu que as vantagens indevidas supostamente pagas a Paulo Roberto Costa em decorrência do seu cargo na Petrobrás bastariam para a configuração dos crimes de corrupção em todos os contratos. Tal raciocínio simplório não prova, pois, ter havido acordos separados e renovados em cada uma da assinatura dos contratos.

Ora, ainda que se admitisse a prática corrupção ativa em cada um desses contratos em discussão – o que não se admite – é certo que os contratos posteriores ao primeiro acordo serviriam apenas para complementar tal suposta vantagem antes acordada, e, assim, os pagamentos de eventuais percentuais de contratos das obras seguintes seriam nada mais do que o exaurimento do primeiro – e único - delito de corrupção. **Nesta condição, jamais os contratos e aditivos posteriores poderiam ser considerados, cada um, um crime de corrupção independente do primeiro acordo.**

Nesse entendimento, a contagem de 01 (um) crime independente por contrato firmado entre a empreiteira e a Petrobrás, como pensou a sentença, mostra-se totalmente equivocada.

Isso porque, se a corrupção era generalizada (como alega a própria sentença, e não se está aqui admitindo), e se houve suposto acordo através do qual se pagaria percentuais em cada contrato, independentemente de seu valor, *dever-se-ia considerar todos os atos como exaurimento do suposto acordo inicial.*

Portanto, caso se considere imputável o crime de corrupção (o que não se defende), é de se ver que o contexto posto na sentença permitiria a admissão, tão somente, de uma única conduta ativa, a qual teria redundado em vários pagamentos de vantagens indevidas, relacionados aos vários contratos e aditivos de obras (que seriam mero exaurimento da primeira conduta).

Como é cediço, o crime de corrupção ativa é crime formal, isto é, **que se consuma a partir da mera prática da conduta descrita no tipo penal, independente da verificação do resultado naturalístico**. Desta forma, basta que se ofereça ou se prometa uma vantagem indevida ao *intranseus* para que o delito tipificado no art. 333 do CP se considere consumado.

Acompanhando este raciocínio, conclui-se que a existência do efetivo pagamento configura mero exaurimento do crime. Nesse aspecto, mesmo tendo havido supostos pagamentos em cada contrato, esses pagamentos são medidas de exaurimento de um único acordo inicial.

E mais: o *quantum* entregue e a quantidade de entregas pouco importa à caracterização típica da corrupção:

PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. ART. 333 DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. **A corrupção ativa é um crime formal, ou seja, em que a consumação acontece com o simples oferecimento da vantagem indevida. Portanto, a efetiva entrega da vantagem é mero exaurimento do crime já consumado.** 2. Os depoimentos dos policiais que participaram da prisão em flagrante merecem a devida credibilidade até prova em contrário, especialmente se estiverem em harmonia com as demais provas produzidas e submetidas ao contraditório, podendo ser aceitos subsidiariamente pelo juiz para formação de seu convencimento. 3. **O bem jurídico tutelado pelo tipo penal em apreço é a moralidade da Administração Pública e seu regular funcionamento, de forma que o quantum da vantagem indevida oferecida ao agente público é irrelevante para aferição da tipicidade da conduta.** 4. Apelação criminal desprovida. (TRF-4 - ACR: 50007890320134047212 SC 5000789-03.2013.404.7212, Relator: JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Data de Julgamento: 25/03/2015, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 09/04/2015)

PENAL. ART. 334, CAPUT, DO CP. CONTRABANDO. ART. 333 DO CP. CORRUPÇÃO ATIVA. AUTORIA. PROVA. INSUFICIÊNCIA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. PRESCRIÇÃO. 1. Realizada a conduta de introduzir no território nacional bem de importação proibida ou sem o devido recolhimento dos tributos incidentes, resta configurada a prática do delito descrito no art. 334 do CP. 2. É proibida a importação de automóvel usado, exceto quando tratar-se de veículo com mais de 30 anos de uso e para fins culturais ou de coleção, conforme disposto na Portaria nº 08, de 13 de maio de 1991, do Departamento de Comércio Exterior, em seus arts. 25, alínea h, e 27. 3. **A configuração do delito de corrupção ativa dá-se com o oferecimento ou promessa de vantagem a funcionário público, onde o dolo consiste na intenção de realizar alguma dessas**

condutas, com o fim específico de o funcionário praticar, omitir-se ou retardar ato de ofício, sendo este o elemento subjetivo do tipo. Ainda, para a consumação do crime, desnecessário o recebimento da vantagem, apenas a ocorrência da oferta ou promessa. 4. Preponderando, quando do recebimento da denúncia, o interesse da sociedade em apurar a ocorrência de infração penal, basta a prova da materialidade e indícios da autoria; contudo, para o julgamento, deve se ter a certeza acerca da realização do delito, do autor da infração e do dolo, pois, caso contrário, com base no princípio constitucional da presunção de inocência, a prevalência da absolvição se impõe. 5. Fixada pena inferior a 02 (dois) anos e transcorridos mais de 04 (quatro) anos entre o fato e o recebimento da denúncia, deve ser reconhecida a prescrição e declarada extinta a punibilidade, com aplicação dos arts. 107, IV, 109, V e 110, § 1º, todos do CP. (TRF-4 - ACR: 244 SC 2002.72.01.000244-6, Relator: LUIZ FERNANDO WOVK PENTEADO, Data de Julgamento: 12/11/2008, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 26/11/2008)

De acordo com os julgados supracitados, relevante ao crime de corrupção ativa é o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida ao funcionário público, não importando se houve a efetiva entrega da vantagem, e muito menos o seu *quantum* ou sua repetição no tempo (por contrato). Trata-se o pagamento, portanto, de pós-fato impunível para os efeitos do tipo penal em comento.

Sendo assim, a conclusão do magistrado *a quo* de que o pagamento de vantagem indevida por contrato com a Petrobrás viabilizaria a acusação de um crime de corrupção ativa também por cada contrato, encontra-se em descompasso com a doutrina e a jurisprudência pátrias.

11. DA CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 288 DO CP). AUSÊNCIA DE VÍNCULO SUBJETIVO ENTRE O RECORRENTE E CORRÉUS PARA A PRÁTICA DE CRIMES. ATOS DO REQUERENTE QUE NÃO SE COMUNICAM COM SUPOSTA ORGANIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO EM ASSOCIAR-SE PARA FINS DE COMETER CRIMES. RÉU QUE SÓ TEVE CONTATO COM DUAS PESSOAS DA SUPOSTA ORGANIZAÇÃO: ALBERTO YOUSSEF E SÉRGIO MENDES. REDAÇÃO DO ART. 288 ANTERIOR À LEI 12.850/13. EXIGÊNCIA DE MAIS DE TRÊS PESSOAS. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

O Juízo de piso reconheceu a inaplicabilidade da Lei 12.850/2013 aos fatos imputados, pois sua vigência é posterior: “565. *A lei em questão foi publicada em 02/08/2013, entrando em vigor quarenta e cinco dias depois.* 566. *Considerando que o último crime imputável aos dirigentes da Mendes Júnior ocorreu em*

06/2013 inviável a aplicação da Lei nº 12.850, de vigência posterior”. Contra esta decisão, não houve nenhuma insurgência do Ministério Público Federal.

Contudo, a sentença insistiu na condenação do art. 288 do CP (associação criminosa) – desde logo prequestionado –, expondo, em sua fundamentação:

577. Um elemento característico da existência autônoma da associação é a presença de um programa delitivo, não na forma de um estatuto formal, mas de um plano compartilhado para a prática de crimes em série e indeterminados pelo grupo criminoso.

578. No caso presente, restou provada a existência de um esquema criminoso no âmbito da Petrobrás, e que envolvia cartel, fraudes à licitação, pagamento de propinas a agentes públicos e a agentes políticos e lavagem de dinheiro.

579. Como revelado inicialmente por Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef, grandes empreiteiras, em cartel, fraudavam licitações da Petrobrás, impondo o seu preço nos contratos. O esquema era viabilizado e tolerado por Diretores da Petrobrás, entre eles Paulo Roberto Costa, mediante pagamento de propina. Um percentual de 2% ou 3% sobre cada grande contrato era destinado a propina para os Diretores e outros empregados da Petrobras e ainda para agentes políticos que os sustentavam nos cargos.

580. Profissionais da lavagem encarregavam-se das transferências de valores, por condutas de ocultação e dissimulação, das empreiteiras aos beneficiários finais.

(...)

583. Mesmo considerando os crimes específicos destes autos, a execução dos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro perdurou por período considerável, desde pelo menos o primeiro contrato obtido pela Mendes Júnior, em 12/2007 até 06/2013, e envolveu diversos repasses fraudulentos da Mendes Júnior para as empresas de Alberto Youssef, com produção de vários documentos falsos, entre contratos e notas fiscais.

584. No presente caso, entendo que restou demonstrada a existência de um vínculo associativo entre os diversos envolvidos nos crimes, ainda que em subgrupos, e que transcende coautoria na prática dos crimes.

585. Afinal, pela complexidade, quantidade de crimes e extensão temporal da prática dos crimes, havia um desígnio autônomo para a prática de crimes em série e indeterminados contra Petrobras, de corrupção e de lavagem de dinheiro, objetivando o enriquecimento ilícito de todos os envolvidos, em maior ou menor grau.

586. Os executivos de grandes empreiteiras nacionais se associaram para fraudar licitações, mediante ajuste, da Petrobrás, e pagar propinas aos dirigentes da Petrobrás, ainda se associando a operadores financeiros que se encarregavam, mediante condutas de ocultação e dissimulação, a lavar o produto dos crimes de cartel e ajuste fraudulento de licitação e providenciar a entrega do dinheiro aos destinatários.

587. **Como corruptores, nos presentes autos, Alberto Elísio Vilaça Gomes, Rogério Cunha de Oliveira e Sergio Cunha Mendes.**

588. Como intermediador de propinas, no presente feito, Alberto Youssef, com auxílio de Carlos Alberto Pereira da Costa e Enivaldo Quadrado.

589. Como beneficiário de propinas, no presente feito, Paulo Roberto Costa.

590. Isso sem mencionar os dirigentes das demais empreiteiras e outros intermediadores e beneficiários que respondem ações conexas e os agentes políticos que estão sendo investigados diretamente no Supremo Tribunal Federal.

591. **Ilustrativamente, em exercício hipotético, pode-se cogitar de suprimir mentalmente os crimes concretos. Se os autores tivessem apenas se reunido e planejado a prática de tantos e tantos crimes contra a Petrobrás ou de lavagem de dinheiro, a associação delitiva ainda seria reconhecida mesmo se os crimes planejados não tivessem sido concretizados.**

592. É certo que nem todos os associados tinham igual conhecimento do esquema criminoso e nem todos se conheciam, mas isso é natural em decorrência da divisão de tarefas dentro do grupo criminoso amplo.

593. **Portanto, reputo provada a materialidade do crime de associação criminosa do art. 288 do CP, pois várias pessoas, entre elas os acusados, se associaram em caráter duradouro para a prática de crimes em série contra a Petrobrás, entre eles crimes licitatórios, corrupção e lavagem de dinheiro.**

Ora, ora. Antes de mais nada, repita-se que a participação de Rogério nos fatos descritos na peça vestibular cingem-se ao comparecimento a uma reunião com Alberto Youssef, **a mando e em companhia de Sérgio Mendes**, na qual foi cobrada de Sérgio Mendes a quantia de R\$8.000.000,00 (oito milhões de reais), para aprovação de três aditivos relacionados a contratos vigentes com a Petrobrás.

Para pagamento daquela exigência, foram firmados os contratos ideologicamente falsos, (I) MJTE-ANOG 001/2011, firmado entre a empresa Mendes Júnior e a GFD Investimentos Ltda em 29 de julho de 2011, no valor de um milhão e duzentos mil reais, e seu aditivo, firmado em 15 de setembro de 2011, o qual acresceu o valor de um milhão e vinte mil reais; (II) MJTE – AEG 005-A/2011, firmado entre a empresa Mendes Júnior e a GFD Investimentos Ltda em 10 de agosto de 2011, no valor de um milhão de reais; e (III) CMMS-SE/065/2010, firmado entre o consórcio Mendes Júnior-MPE –SOG (CMMS) e a GFD Investimentos Ltda em 23 de agosto de 2011, no valor de dois milhões e setecentos mil reais.

Os pagamentos desses valores, além dos pagamentos de quantia de 2 milhões de reais para a Empreiteira Rigidez Ltda, foram realizados em 10/08/2011 a 25/05/2012, 10/08/2011 a 25/06/2012, 10/08/2011 a 16/07/2012 e 10/08/2011 a 07/06/2013. Não havendo pagamentos *a posteriori*, tampouco participação de Rogério Cunha em qualquer outro fato, impossível imputar-lhe o crime de organização criminosa.

E mais. Das provas dos autos se extrai que, mesmo para fatos ocorridos antes de 2013, não era possível acusar o Recorrente de associação criminosa, tampouco do crime de formação de quadrilha, pela ausência do elemento finalístico necessário à caracterização típica.

Não se comprovou, pois, o dolo do Recorrente em integrar uma organização criminosa, na medida em que seu envolvimento nos fatos se deu exclusivamente através da já mencionada reunião com Sérgio Mendes e Alberto Youssef e do posterior pagamento da extorsão ali estabelecida.

Trataram-se, portanto, de atos isolados de pagamento, absolutamente dissociados de negociação de valores com Paulo Roberto Costa (conforme confirmado por esse próprio delator³⁹); absolutamente dissociados de participação em cartel (conforme demonstrado por aqueles que fizeram acordo de leniência); absolutamente dissociados da conduta de outras empreiteiras ou de agentes políticos.

Não há qualquer evidência nos autos que ateste haver o Recorrente aceitado, consciente e voluntariamente, participar do âmbito da suposta organização criminosa, passando a integrá-la. **Pelo contrário, a prova é farta pela ausência de conhecimento do Recorrente acerca de eventual associação de pessoas.**

Isso porque, como se demonstrou, o Recorrente não conhecia nenhum dos corréus relacionados à Alberto Youssef ou às demais empreiteiras, e, repita-se, sequer teve contato com Paulo Roberto Costa a respeito de pagamento de valores indevidos⁴⁰.

Do contexto no qual Rogério Cunha se viu inserido se extraem as seguintes conclusões:

- (I) O Recorrente não podia conhecer de outros pagamentos supostamente elaborados por outras empreiteiras a Alberto Youssef;
- (II) O Recorrente desconhecia por completo a destinação que Youssef daria aos valores exigidos;
- (III) O Recorrente não sabia que os valores exigidos por Youssef eram, de fato, encaminhados a Paulo Roberto Costa, já que nunca tratou com esse último senhor;

³⁹ Conforme já referido por diversas vezes nessas alegações, Paulo Roberto Costa negou qualquer contato com Rogério a respeito de pagamentos irregulares. Todo o contato dele seria com Sérgio Mendes.

⁴⁰ Conforme já referido por diversas vezes nessas alegações, Paulo Roberto Costa negou qualquer contato com Rogério a respeito de pagamentos irregulares. Todo o contato dele seria com Sérgio Mendes.

(IV) O Recorrente agiu em situações pontuais, já descritas e por ele esclarecidas em seu interrogatório.

Dado esse quadro fático, como inserir a participação dolosa do Recorrente no âmbito de uma organização criminosa ou formação de quadrilha? Como dizer, sem qualquer tipo de evidência, que este consentiu em participar do suposto esquema criminoso, praticando condutas ilícitas em conluio com os demais corréus? **Evidentemente, é flagrante o equívoco da sentença em imputar tal delito ao Recorrente.**

Perceba-se, Exa, que não se trata apenas de os supostos “associados” não se conhecerem, como aduz a sentença, no tópico 592, ao afirmar “*é certo que nem todos os associados tinham igual conhecimento do esquema criminoso*” e “*nem todos se conheciam*”, reputando tal fato como “natural” dada a divisão de tarefas no grupo. **Trata-se, sim, de esclarecer que Rogério Cunha desconhecia a própria divisão de tarefas, desconhecia a existência do suposto esquema criminoso, e atuou de forma isolada, com participação estrita aos termos por ele confessado.**

E mais: dos próprios itens 587, 588 e 589 da sentença se vê que, analisando a indicação das pessoas supostamente incluídas na aludida “associação”, seria impossível manter nela o Requerente, já que Rogério Cunha de Oliveira:

- (I) Não conhecia e não conhece Carlos Alberto Pereira e Enivaldo Quadrado, como confirmados pelo Requerente e pelos referidos acusados, nos respectivos interrogatórios;
- (II) Nunca tratou de negociação ilícita com Paulo Roberto Costa; e
- (III) Não poderia ter qualquer atuação conjunta com Alberto Vilaça nas acusações, já que um sucedeu o outro no cargo de Diretor de Óleo e Gás e, ao assumir tal cargo, em 2011, Alberto Vilaça desligou-se da empresa Mendes Júnior.

A sucessão, no cargo de Diretor de Óleo e Gás, de Alberto Vilaça por Rogério Cunha foi comprovada por inúmeros depoimentos dos autos e prova documental acostada. Exemplificadamente, cita-se o documento contido no rol do Doc. 01 do evento 200 (resposta à denúncia):



COMUNICAÇÃO	
Assunto: Designação de Função – ANOG	
Número: C-440	Data: 23/03/2011
Comunicamos que, a partir de 01 de Abril de 2011, Rogério Cunha de Oliveira assumirá as funções e atribuições de Diretor da Área de Negócios de Óleo e Gás, em substituição a Alberto Elísio Vilaça Gomes , que se desligou da empresa.	
Original assinado por: J. Murillo Valle Mendes Presidente	

Assim, deste cálculo só restariam, na verdade, três pessoas em atuação conjunta: o Requerente, Sérgio Mendes e o próprio Alberto Youssef. Ora, o fato de Youssef ou Sérgio Mendes terem tido contato com outras pessoas, ainda que fosse verdadeiro, não autoriza a suposição de que Rogério conhecesse da suposta participação dessas pessoas.

Prova cabal do ora afirmado encontra-se no interrogatório do Recorrente, quando este alega que não tinha ciência da participação de Paulo Roberto Costa nos fatos, limitando-se, o seu conhecimento, a participação de Alberto Youssef. É o que se percebe do seguinte trecho:

Ministério Público Federal: Só aspectos pontuais, excelência. Senhor Rogério, nesse pedido que o Alberto Youssef fez como que os senhores sabiam que ele representava de fato o Paulo Roberto Costa?

Interrogado: Eu não sabia que ele representava Paulo Roberto Costa porque eu nem conhecia ele, agora eu também acho que o Sérgio conhecia já ele, e o Sérgio é que me apresentou a ele e falou que o Paulo Roberto Costa tinha ligado dizendo que ele ia procurar, mas eu não sabia que ele conhecia o Paulo Roberto Costa, vim saber isso depois.

Ministério Público Federal: Se quem conhecia?

Interrogado: O Youssef. E nem sabia que o nome dele é Youssef, foi apresentado como Primo, eu vim descobrir o nome dele, Youssef, bem depois, já em 2012.

(Transcrição do interrogatório de Rogério Cunha – Evento 890)

Tal informação foi confirmada pelo próprio delator Paulo Roberto Costa, o qual categoricamente aduziu que nunca tratou de assuntos ilícitos com Rogério Cunha.

Ora, Rogério Cunha não conhecia das supostas relações existentes entre as esferas superiores da empresa e os ex-diretores da estatal, muito menos deteve relações com pessoas estranhas

à Mendes Júnior, com exceção de Alberto Youssef. Frise-se: nenhum contato, de qualquer natureza, com partidos políticos, agentes públicos ou com caixas de partidos políticos.

Diante de todos os argumentos ora expostos, resta flagrante a atipicidade da conduta prevista no art. 288 com relação ao Requerente, por ausência de conhecimento da dimensão dos fatos e do suposto esquema, o que implica, em consequência, na ausência de dolo da conduta.

E mais: a atuação do Requerente foi absolutamente restrita às pessoas de Sergio Mendes e de Alberto Youssef, fato que, por óbvio, não autoriza a aplicação o art. 288 do CP, uma vez que os fatos se deram na vigência da redação anterior do dispositivo (antes da 12.850/13), o qual exigia “mais de três pessoas” para a caracterização típica.

A propósito, assentou a Suprema Corte no acórdão do HC nº 71.161-8/RJ que, por difícil que seja a prova desse “*delito de mera conduta, que se aperfeiçoa com a só integração voluntária do agente ao grupo, originária ou sucessivamente*”, nem por isso se dispensa a “**exigência elementar de demonstração da autoria**” (DJ de 12.05.95 e Ementário/STF nº 1.786-1).

Ora, no caso presente, em momento algum restou demonstrada a efetiva participação do Recorrente em eventual grupo criminoso, o que é muito mais do que omissão da “**exigência elementar da demonstração da autoria**”. Ou seja, aqui a condenação pelo delito do art. 288 torna-se esvaziada: atribui-se a participação do Recorrente em delito associativo, como se já houvesse demonstrado a sua participação, embora não se revele, como se faria imprescindível quanto a este suposto delito, o *animus* associativo do Recorrente, o modo, o momento e o lugar em que ele teria estabelecido e consentido em participar da *societas delinquentium*.

Isso é absolutamente inadmissível, como se verifica da decisão unânime da Suprema Corte no HC nº 70.763/DF, de que foi Relator o em. Ministro CELSO DE MELLO:

*“Impende observar, Sr. Presidente, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao rejeitar parcialmente a denúncia oferecida pelo Procurador-Geral da República no ‘Caso Collor’ quanto ao crime de quadrilha - muito embora aquela peça acusatória fosse mais minuciosa, mais detalhada na exposição fática e contivesse mais elementos que os veiculados na acusação penal deduzida contra a ora paciente -, entendem, **ainda assim**, configurada a inobservância, pelo em. Chefe do Ministério Público da União, ‘da norma do art. 41 do Código de Processo Penal’ (Inq 705-6-DF, DJU de 28/5/93).*”

A corrente vencedora naquele julgamento deixou explicitada, nos diversos votos que concorreram para a sua formação, a inépcia da denúncia pela prática do crime de quadrilha, quer pela ausência de descrição dos elementos típicos que compõem essa figura penal, quer pela falta de demonstração de permanência e estabilidade da societas sceleris, quer, ainda, pela mera referência genérica e insuficiente à existência de vínculo associativo. (...)

Mais do que isso, o Pleno desta Corte, ao rejeitar a denúncia formulada no Inq 705-6-DF, no que se refere ao crime de quadrilha, salientou a imprescindibilidade de a peça acusatória referir-se à concreta existência do ajuste de vontades entre os agentes - trata-se de crime necessariamente plurissubjetivo -, para efeito das práticas delituosas, devendo descrever, ainda, de modo circunstanciado, o momento em que se deu a associação em quadrilha, o local em que esta se formou, a maneira como ela se estabeleceu e as condições em que o bando se efetivou.

Assim, na linha dos expressivos precedentes trazidos, somente se admite a existência de quadrilha ou bando quando caracterizada “**a finalidade dos agentes voltada ao cometimento de delitos e da exigência de estabilidade e permanência da associação criminosa (HC n.º 75599/SP)**”.

Uma vez que Rogério desconhecia outros supostos elementos que compunham a associação, como eventual entrega de dinheiro a partidos políticos, hipotética participação de donos de outras empreiteiras em acordos com diretores da Petrobrás, e outras pessoas relacionadas a tais atividades, impossível imputar-lhe o vínculo associativo e o dolo inerente ao tipo de quadrilha ou à organização criminosa.

Tem-se caso clássico de tentativa de tipificar o concurso eventual de pessoas descrito no art. 29 do Código Penal como crime de quadrilha. Dita “associação” só poderia configurar, em tese, mero concurso de pessoas (art. 29, CP – o qual ora se prequestiona), daí não se podendo cogitar idoneamente da ocorrência do crime plurissubjetivo de formação de quadrilha, isto é, crime de concurso necessário.

Sobre o assunto:

Distinção entre quadrilha ou bando e concurso de agentes – TJSP: “Não há que se confundir co-participação, que é associação ocasional para cometimento de um ou mais crimes determinados, com associação para delinquir, configuradora do delito de quadrilha ou bando. Para a configuração do crime previsto no art. 288 do CP, exige-se essa estabilidade.” (RT 615/272). **TJSP:** “O delito do artigo 288 do CP não se aperfeiçoa com a simples co-participação delituosa. Exige, para a sua configuração, a associação permanente dos agentes e a finalidade preestabelecida do cometimento de crimes” (RT

544/349). **TACRSP**: “O delito de quadrilha ou bando não se conceitua através da esteira da simples co-participação delituosa. É-lhe necessária a associação dos agentes, não só permanente, como a finalidade pré-estabelecida do cometimento de crimes com programa a ser posto em execução” (RT 535/325).

12. DA DOSIMETRIA DA PENA.

Caso esta e. Turma não acolha os argumentos anteriormente aduzidos no sentido de absolver o Apelante das condenações impostas – o que se admite em hipótese remota –, requer a revisão das penas impostas no sentido de reduzir o *quantum* aplicado.

Conforme já exposto, o magistrado *a quo* condenou o Apelante pela prática dos delitos tipificados nos artigos 333 do CP (corrupção ativa), 1º, *caput* e inc. V, da Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro) e art. 288 do CP (associação criminosa).

Em relação à condenação pelo art. 333 do CP, aplicou a pena-base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em razão do reconhecimento de 02 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Recorrente (circunstâncias e consequências do crime). Não reconheceu a existência de agravantes e atenuantes, e fixou multa de 150 (cento e cinquenta) dias-multa. O *quantum* da pena-base foi majorado em 1/3 (um terço), pela incidência da causa de aumento do parágrafo único do art. 333 do CP, elevando a pena para 06 (seis) anos de reclusão. Ainda, em razão do reconhecimento da continuidade delitiva (art. 71 do CP), foi a pena aumentada em mais 1/3 (um terço), **chegando a pena definitiva em 08 (oito) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa**, sendo o valor do dia-multa de 05 (cinco) salários mínimos vigentes ao tempo do último fato delitivo (03/2013).

Quanto à condenação pelo art. 1º, *caput* e inc. V, da Lei 9.613/98, o MM. Juiz de primeiro grau aplicou a pena-base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em razão do reconhecimento de 02 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Recorrente (circunstâncias e consequências do crime). Pelo reconhecimento da agravante do art. 61, II, “b”, do CP, foi a pena elevada em 06 (seis) meses, passando a 05 (cinco) anos de reclusão. Fixou-se ainda pena de multa em 100 (cem) dias-multa. O *quantum* da reprimenda foi majorado em virtude da continuidade delitiva (art. 71 do CP), na fração de 2/3 (dois terços), **sendo definitivamente fixada em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, no valor de 05 (cinco) salários mínimos vigentes ao tempo do último fato delitivo (06/2013).

No que se refere à condenação pelo art. 288 do CP, o magistrado *a quo* aplicou a pena no mínimo legal de **01 (um) ano de reclusão**, sem incidência de agravantes, atenuantes, nem de causas de aumento ou diminuição.

Entendendo pela incidência do concurso material entre os tipos, o Juízo *a quo* condenou o apelado definitivamente ao total de **17 (dezesete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão**.

Contudo, o que se percebe da análise da dosimetria realizada pelo Juízo de primeiro grau (e. 1051, item 616) é a patente exacerbação na fixação das penas-base dos delitos de corrupção ativa e lavagem de dinheiro.

Ademais, o Juízo de piso equivocou-se ao se omitir quanto à incidência da atenuante prevista no art. 65, III, *d* (confissão) e à causa de diminuição constante no §1º do art. 29 (participação de menor importância), ambos do Código Penal.

No que concerne à dosimetria da pena de multa, não foram observados os parâmetros quanto à fixação do número de dias-multa, e muito menos quanto ao valor de cada dia-multa.

Passa-se à análise detalhada de cada um dos argumentos quanto à dosimetria da pena.

12.1. DO CÁLCULO DA PENA-BASE. CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. NECESSIDADE DE REANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. IRRAZOABILIDADE. PENA DE MULTA. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 93, IX, DA CF, 156 DO CPP E 59 DO CP. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS.

Como relatado, tanto pela suposta prática do crime de corrupção ativa, quanto pelo suposto crime de lavagem de dinheiro, a autoridade judicial *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo legal para o Recorrido, arbitrando, cada figura típica, a pena base de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Em ambos os casos, o juiz valorou negativamente as circunstâncias e as consequências do crime.

Pois bem.

Não é despidendo frisar que qualquer circunstância judicial sopesada pelo julgador para agravar a pena cominada deve ser devidamente justificada na sentença e corroborada pelas provas dos autos. O puro juízo de valor de que uma determinada circunstância é considerada reprovável sem que se demonstre, através de provas dos autos, a contribuição do acusado para tal análise valorativa não cumpre o princípio da fundamentação das decisões, quicá o princípio da legalidade dos crimes e das penas.

(I) No tocante à análise das circunstâncias do crime de corrupção ativa, aduziu o magistrado *a quo* que “*a prática do crime corrupção envolveu o pagamento de R\$ 17.387.100,00 à Diretoria de Abastecimento da Petrobrás, um valor muito expressivo*”. Da própria argumentação do magistrado, não há dúvidas de que tal alegação não merece prosperar.

O referido valor corresponderia, em tese, à soma das supostas propinas pagas pela empreiteira à Diretoria de Abastecimento da Petrobrás, relativas aos contratos aos quais foi o Apelante condenado. **Contudo, esse valor consiste, na verdade, em presunção do magistrado sentenciante, sem qualquer respaldo probatório, visto que o próprio Juízo a quo admite que não haver provas do referido pagamento** (e. 1051):

405. Considerando o declarado pelos próprios acusados colaboradores, a propina foi de 1% do valor dos contratos e aditivos celebrados enquanto Paulo Roberto Costa permaneceu no cargo de Diretor de Abastecimento (até abril de 2012).

(...) 407. Conforme apontado nos itens 223/238, retro, o contrato para execução das Unidades de Hidrodessulfurização de Nafta Craqueada (HDS), na Refinaria de Paulínia REPLAN, teve o preço de R\$ 696.910.620,73, com aditivos até 05/12/2011, que elevaram o preço para R\$ 951.164.425,46. **Considerando o aludido parâmetro de 1% e que a Mendes Júnior tinha 46,83% de participação no Consórcio CMMS, a empreiteira seria responsável pelo pagamento de cerca de R\$ 4.375.356,00 de propina à Diretoria de Abastecimento por este contrato.**

408. Conforme apontado nos itens 239/256, retro, o contrato para a execução do pipe rack do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro/RJ, teve o preço de R\$ 1.869.624.800,00. **Considerando o aludido parâmetro de 1% e que a Mendes Júnior tinha 33% de participação no Consórcio PPR, a empreiteira seria responsável pelo pagamento de cerca de R\$ 6.169.761,00 de propina à Diretoria de Abastecimento por este contrato.**

(...)

410. Conforme apontado nos itens 275/285, retro, o contrato para a construção civil do pier do novo Terminal Aquaviário de Barra do Riacho (TABR), no Município de Aracruz, teve o preço de R\$ 493.561.194,26, com aditivos até 30/03/2012, que, considerando somente os dois de maior valor, elevaram o preço para R\$ 684.198.312,00. **Considerando o aludido parâmetro de 1% e**

que a Mendes Júnior foi a única responsável pelo contrato, a empreiteira seria responsável pelo pagamento de cerca de R\$ 6.841.983,00 de propina à Diretoria de Abastecimento por este contrato.

(...)

412. Houve cinco crimes de corrupção, um acerto por contrato obtido pela Mendes Júnior junto à Petrobrás, mediante pagamento de propina.

413. Do valor, foi possível rastrear documentalmente, nestes autos, repasses pela Mendes Júnior e pelo Consórcio CMMS de R\$ 8.028.000,00, com produção de contratos e notas fiscais falsas e transferências para as contas da Empreiteira Rigidez e a GDF Investimentos, empresas controladas por Alberto Youssef.

Perceba-se que, com base exclusivamente nos depoimentos dos colaboradores, o Juízo de piso realizou um cálculo do suposto valor pago a título de propina em cada contrato celebrado. **Contudo, o próprio Juízo a quo reconhece que apenas o valor de R\$ 8.028.000,00 encontrou prova documental nos autos.**

Ora, conforme aduzido anteriormente, a pena cominada na sentença deve ser corroborada pela prova dos autos, sob pena de violação ao princípio da fundamentação das decisões. De tal modo, é completamente equivocado que o Apelante tenha sua pena-base majorada com fundamento em valores obtidos por presunção judicial, inexistentes quaisquer elementos hábeis a comprovar a autenticidade de tais quantias.

Ademais, nem mesmo o valor encontrado documentalmente pode ser considerado para elevar a pena-base do Apelante, já que se tratava, como demonstrado, de funcionário celetista da empresa, o qual nenhuma vantagem obteve com os fatos.

Ademais disso, o Requerente não tivera qualquer participação no contrato fictício firmado com a empresa Rigidez (vide tópico 9.1 desta defesa), ou seja, os valores ali relatados já deveriam ser excluídos do montante de R\$ 8.028.000,00 reconhecido pela sentença.

E mais: nenhum contrato com a Petrobrás assinado antes de abril/2011 poderia ter seu valor utilizado no cálculo do suposto percentual de 1% de propina, já que o Recorrente era, ao tempo daquelas assinaturas, mero engenheiro de obra, e não assumira, ainda o cargo de Diretor de Óleo e Gás.

Além desses argumentos, **o aumento de pena relativo à quantia supostamente paga como vantagem indevida aos agentes públicos somente pode ser sopesada negativamente em relação àqueles condenados por corrupção passiva**. Tal raciocínio deriva do fato de que a

suposta estipulação, prévia e mínima em 1% na versão do magistrado *a quo*, foi uma exigência dos agentes públicos supostamente beneficiados.

Diante do exposto, as circunstâncias do crime não podem ser valoradas negativamente na dosimetria da pena do Apelante, pela inexistência de elementos nos autos que justifiquem o desvalor do referido vetor.

Em assim não se considerando, a pena-base deve ser diminuída proporcionalmente ao valor que teria sido comprovado nos autos, cerca de R\$ 8 milhões, retirando-se, desse montante, o valor relacionado ao contrato da empresa Mendes Júnior com a empresa Rigidez, bem como os percentuais relacionados aos contratos firmados com a Petrobrás antes de abril/2011, **sob pena de violação do art. 59 do CP e do princípio da proporcionalidade e da individualização das penas**, desde já prequestionados.

(II) No tocante às consequências do crime de corrupção, o magistrado *a quo* asseverou sua valoração negativa “*pois o custo da propina foi repassado à Petrobrás, através da cobrança de preço superior à estimativa, aliás propiciado pela corrupção, com o que a estatal ainda arcou com o prejuízo no valor equivalente*”.

Tal argumento não merece prosperar.

Conforme exposto na própria sentença (e. 1051), restou indeferida a perícia pleiteada pela defesa de outros acusados, a qual verificaria se as obras investigadas foram ou não superfaturadas, por entender “*irrelevante ter havido ou não superfaturamento nas obras*”. Posteriormente, ainda na própria sentença, o magistrado reitera a impertinência da verificação de superfaturamento das obras para apuração dos crimes em comento (e. 1051):

141. Reclama parte das Defesas cerceamento de defesa porque o Juízo não teria deferido perícia para verificar se as obras foram superfaturadas. Transcrevo o que decidi na fase do art. 402 do CPP (evento 852):

"Renovam as Defesas de Ricardo Pessoa, Ângelo Mendes, Alberto Elísio Vilaça Gomes e Sergio Cunha Mendes o pedido de realização perícia.

Em que pese o requerido, remeto ao já fundamentado na decisão de 23/02/2015 (evento 2349, item 6) quanto à manifesta desnecessidade dessa prova, já que o crime de lavagem tem por antecedentes crimes de fraude em licitação e cartel.

Em síntese, pelo cartel e fraude à licitação, as empreiteiras previamente definiam entre si a vencedora da licitação, que tinha, então, condições de, nos certames, apresentar proposta com preço próximo ao máximo aceitável pela Petrobrás (20% acima da estimativa de custo).

Os valores obtidos com esses crimes foram submetidos a procedimentos de lavagem e utilizados para pagamento de propina aos dirigentes.

Essa a tese da acusação, cabendo ao julgamento as conclusões.

De todo modo, para julgamento da imputação, irrelevante ter havido ou não superfaturamento nas obras, já que não há crime cuja configuração demande a resolução desta questão.

Ademais, a realização de perícia econômica em obras bilionárias, para identificar superfaturamento, refoge à capacidade da Polícia Federal. Para tanto, seria provavelmente necessário contratar empresa especializada, com trabalho para meses ou anos.

Como é notório, a própria Petrobrás, com recursos muito superiores à Polícia Federal, optou, em seu balanço recentemente publicado, por estimar a supervalorização dos ativos no correspondente ao pago em propina aos seus então dirigentes, segundo parâmetros declarados pelo acusados colaboradores.

(...)

142. Agrego as considerações feitas por este Juízo nesta própria sentença quanto à irrelevância da existência ou não de superfaturamento para o julgamento (itens 345/352, adiante).

(...)

347. **Não é necessário aqui especular se, além disso, houve ou não superfaturamento das obras.** A configuração jurídica dos crimes referidos, do art. 4º, I, da Lei nº 8.137/1990 e do art. 90 da Lei nº 8.666/1993, não exige que se prove superfaturamento.

348. Em imputação de crimes de lavagem, tendo por antecedentes os crimes do art. 4º, I, da Lei nº 8.137/1990 e do art. 90 da Lei nº 8.666/1993, de todo **impertinente averiguar se houve ou não superfaturamento dos contratos.**

349. **Não há nenhuma prova de que as estimativas de preço da Petrobrás estivessem equivocadas.**

Como inexistem provas nos autos da ocorrência de superfaturamento das obras, inclusive porque cerceado o direito de defesa em relação à produção de tal prova, **não há como se admitir que, na fase de dosimetria da pena, o Juízo a quo leve em consideração uma circunstância não comprovada nos autos para elevar a pena-base do Apelante, sob pena de violação do art. 156 do CPP e do art. 5º, LV, da CF, desde já prequestionados.**

Ademais, não há elementos suficientes para comprovar o valor das supostas propinas que, conforme exposto anteriormente, foram calculadas com base em presunções do Juízo *a quo*, não encontrando nenhum respaldo nas provas colacionadas aos autos.

Vide que o próprio representante do Ministério Público Federal questionou à testemunha Augusto Ribeiro Mendonça (colaborador da Acusação) se o objetivo do suposto cartel era o aumento de preços, tendo este

respondido peremptoriamente que **não** (e. 390), em depoimento já transcrito no corpo desta defesa.

Além disso, tanto a prova testemunhal quanto documental **evidenciam que o preço ofertado não era o preço definitivo**. Sobre o tema, reporte-se ao relatório de Histórico de Conduta elaborado pelo CADE, no evento 861. O contrato assinado apresentava, portanto, valor muito abaixo do constante na proposta oferecida.

Ora, é fácil perceber que a Petrobrás exercia um controle rigoroso sobre os preços ofertados pelas empresas concorrentes, de modo que não era viável o superfaturamento. Como registrado no depoimento acima reproduzido de Augusto Mendonça, **a Petrobrás exigia da vencedora a abertura do demonstrativo da formação de preço, controlando a veracidade dos valores utilizados como base para a proposta.**

Por fim, ainda que se admitisse a existência de superfaturamento das obras – o que se considera por hipótese remota –, tal circunstância, na verdade, diz respeito à constituição (e circunstâncias judiciais) de supostos crimes de fraude à licitação, que não são objeto da denúncia e, conseqüentemente, não foi objeto de contraditório e produção probatória.

De tal modo, não pode o Apelante ter elevada a sua pena-base em face de tais ilações – que sequer foram submetidas ao contraditório – sob pena de violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência (ofensa ao art. 5º, LIV, LV e LVII, da CF), desde já prequestionados. **Adotar tal entendimento, em outras palavras, é penalizar o réu sem dar-lhe oportunidade de defesa adequada.**

Ademais, **considerar o suposto elevado valor da propina como circunstância judicial desfavorável para elevar a pena-base em relação a dois vetores (circunstâncias e conseqüências) configura flagrante e indiscutível *bis in idem*.**

Sendo assim, acaso afastados os argumentos acima esposados – o que se admite apenas por argumentar –, deve esta e. Turma considerar esse elemento como desfavorável em relação a apenas um vetor do art. 59 do CP, respeitando os postulados dos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, a partir dos fatos devidamente comprovados.

(III) Ao se debruçar sobre a análise das circunstâncias do crime de lavagem de dinheiro, o Juízo de primeiro grau argumentou que a lavagem “*envolveu especial sofisticação, com a realização de diversas transações subreptícias, simulação de prestação de serviços, contratos e notas fiscais falsas, com o emprego de duas empresas de fachada. Tal grau de sofisticação não é inerente ao crime de lavagem e deve ser valorado negativamente a título de circunstâncias (a complexidade não é inerente ao crime de lavagem, conforme precedente do RHC 80.816/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence ...)*”.

De sua própria leitura, percebe-se o equívoco do fundamento elencado.

Ora, sendo o delito de lavagem de dinheiro um tipo penal misto alternativo⁴¹ e considerando-se que todas as condutas descritas na dosimetria da pena consistem meramente em meios de prática do delito, mostra-se indevido o aumento da pena-base por suposta “sofisticação” da

⁴¹ Neste sentido, já se manifestou o STJ, conforme o seguinte julgado: PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIME ANTECEDENTE. ALTERAÇÃO. MUTATIO LIBELLI. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. TIPO PENAL ALTERNATIVO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONDUTA NÃO TIPIFICADA À ÉPOCA DOS FATOS. PERDIMENTO DOS BENS. ART. 7º, I, DA LEI N. 9.613/98. PERDA DO CARGO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. VALOR UNITÁRIO DO DIA-MULTA. FIXAÇÃO COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO. NÃO CABIMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. TESE NÃO DEBATIDA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. O crime previsto no art. 1º da Lei n. 9.613/98, antes das alterações promovidas pela Lei n. 12.683/2012, previa que os recursos ilícitos submetidos ao branqueamento poderiam ter como fonte quaisquer dos crimes constantes de seus incisos I a VIII. 3. **Por sua natureza de tipo penal misto alternativo, o crime de lavagem de dinheiro admite que os recursos ilícitos provenham direta ou indiretamente dos crimes prévios elencados nos incisos I a VIII do art. 1º da Lei n. 9.613/98, não havendo alteração de tipicidade penal na admissão de um, dois ou mais crimes prévios** - desde que reconhecidos. 4. A ausência à época de descrição normativa do conceito de organização criminosa impede o reconhecimento dessa figura como antecedente da lavagem de dinheiro, em observância ao princípio da anterioridade legal, insculpido nos arts. 5º, XXXIX, da CF, e art. 1º do CP. 5. A exclusão da organização criminosa como antecedente da lavagem de capitais não acarreta a atipicidade da conduta, remanescendo o admitido delito antecedente do art. 3º, II, da Lei n. 8.137/90, admitido pelo inciso V do art. 1º da Lei n. 9.613/98. 6. As instâncias ordinárias, com base em vasto acervo probatório, determinaram a perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores relacionados ao delito de branqueamento de capitais, como consequência automática da sentença penal condenatória, a teor do art. 7º, I, da Lei 9.613/98, não cabendo a revisão das conclusões probatórias. 7. Expondo-se de forma clara os motivos para a perda do cargo público, não há falar em nulidade, importando ressaltar que não se pode confundir fundamentação coesa com ausência de fundamentação. 8. Não se presta o remédio heroico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. 9. Não há ilegalidade patente no quantum fixado no valor de cada dia-multa, sendo vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória. 10. A tese quanto à desproporcionalidade no valor unitário da pena pecuniária não foi objeto de debate pelo acórdão atacado, de modo que sua apreciação, na via eleita, importaria em indevida supressão de instância. 11. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 196242 RJ 2011/0022439-8, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 10/03/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2015)

conduta – que, repita-se, nada mais é que a pluralidade de atos configuradores de uma mesma conduta.

Em outras palavras, como o desvalor da conduta do agente que pratica um ou mais verbos é idêntico, **não existe razão para que se agrave a pena do agente pelo fato de a suposta lavagem realizada ter sido complexa** – abarcando inúmeros verbos do tipo em tela –, **sob pena de violação do art. 59 do CP, do art. 1º, caput, da Lei 9.613/98 e dos princípios constitucionais da proporcionalidade e individualização das penas**, desde já prequestionados.

Também equivocada é a referência ao precedente do RHC 80.816/SP⁴², de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, o qual não confirma o argumento judicial para elevação da pena-base. Isso porque, o referido precedente aduz que o crime de lavagem não exige especial sofisticação nos atos para sua consumação, não aduzindo, como tentou fazer crer a sentença, que a sofisticação configura, *de per se*, vetor desfavorável na dosimetria da pena.

Nesse sentido, este eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em didático julgado, pontuou que a sofisticação também é elementar – ainda que não a única – do delito de lavagem de capitais:

PENAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. OCULTAÇÃO. SIMULAÇÃO. DEPÓSITO DOS VALORES OBTIDOS ILICITAMENTE EM CONTAS DE TERCEIROS. QUADRILHA. INDÍCIOS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. Para fins didáticos, o crime de lavagem de dinheiro se dá em três fases, de acordo com o modelo do GAFI - Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro, a saber: colocação (separação física do dinheiro dos autores do crime; é antecedida pela captação e concentração do dinheiro), dissimulação (nessa fase, multiplicam-se as transações anteriores, através de muitas empresas e contas, de modo que se perca a trilha do dinheiro [paper trail], constituindo-se na lavagem propriamente dita, que tem por objetivo fazer com que não se possa identificar a origem dos valores ou bens) e integração (o dinheiro é empregado em negócios lícitos ou compra de bens, dificultando ainda mais a investigação, já que o criminoso assume ares de respeitável investidor, atuando conforme as regras do sistema). (...) (TRF-4 - RCCR: 50080542920124047200 SC 5008054-29.2012.404.7200, Relator: JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, Data de

⁴² Lavagem de dinheiro: L. 9.613/98: caracterização. O depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de "lavagem de capitais" mediante ocultação da origem, da localização e da propriedade dos valores respectivos (L. 9.613, art. 1º, caput): o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada "engenharia financeira" transnacional, com os quais se ocupa a literatura. (STF - RHC: 80816 SP, Relator: SEPULVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 18/06/2001, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 18-06-2001)

Julgamento: 08/04/2014, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 09/04/2014)

Por fim, registre-se que as condutas descritas na dosimetria configuradoras de suposta “sofisticação” são, na verdade, meios pelos quais a suposta dissimulação de capitais teria ocorrido, sem que se possa reconhecer qualquer circunstância excepcional que justifique um agravamento da pena-base.

(IV) Finalmente, no que concerne às consequências do crime de lavagem de dinheiro, fundamentou o magistrado que “*a lavagem envolve quantia substancial de R\$ 8.028.000,00 (...). A lavagem de grande quantidade de dinheiro merece reprovação especial a título de consequências*”.

Mais uma vez, a argumentação do magistrado a quo mostra-se equivocada.

Ora, o delito de lavagem de dinheiro é um crime cujo bem jurídico tutelado é a ordem econômica. Conforme doutrina de Luiz Régis Prado, o bem jurídico da lavagem de dinheiro “*vem a ser a ordem econômico-financeira, o sistema econômico e suas instituições ou a ordem socioeconômica em seu conjunto (bem jurídico categorial), em especial a licitude do ciclo do tráfego econômico-financeiro (estabilidade, regularidade e credibilidade do mercado econômico), que propicia a circulação e a concorrência de forma livre e legal de bens, valores ou capitais (bem jurídico em sentido técnico)*”⁴³.

Da conceituação supracitada, depreende-se que a expressividade dos valores supostamente branqueados não interessa ao bem jurídico em comento. Na verdade, o prejuízo material importa quando o delito em questão objetiva a proteção do patrimônio, o que não é o caso dos presentes autos.

Caberia ao magistrado a quo demonstrar que a apropriação de “quantia substancial” teria afetado o bom funcionamento da ordem econômica ou prejudicado a livre concorrência, o que não foi feito em nenhum momento nos autos e, muito menos, na sentença.

De tal modo, como já exaustivamente exposto, não é possível se admitir que seja o réu prejudicado em sua pena por circunstâncias não comprovadas nos autos, **sob pena de violação dos princípios da**

⁴³ PRADO, Luiz Régis. Direito Penal Econômico. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 354.

fundamentação das decisões e do devido processo legal, desde já prequestionados.

(V) Quanto à pena de multa.

Quanto ao tema pena de multa, impende pontuar os exauros cometidos pela sentença.

Como e sabido, para a quantificação das penas pecuniárias deve-se ter em conta a situação financeira do acusado. Não obstante, nenhum elemento probatório foi trazido nesse sentido, a despeito dos altíssimos valores arbitrados.

O Juízo de piso, no momento da dosimetria, justifica a fixação da pena de multa em valor máximo (5 salários mínimos) pelo fato de o Apelante ser “*Diretor de uma das grandes empreiteiras do Brasil*”. Olvidou, pois, que ele foi Diretor da empresa por pouquíssimo tempo, que, mesmo durante o exercício desse cargo, continuou figurando como funcionário celetista, que não recebia divisões de lucro da empresa (pois não era Diretor estatutário, e sim celetista) e se reportava, cumprindo ordens e orientações, à diversos superiores, dentre elas Presidente, Vice-presidentes (em número de 05) e Diretores estatutários.

Desta feita, sabendo-se que a fixação da pena de multa não pretende o empobrecimento do condenado, é evidente que a manutenção da referida sanção, da forma como foi estabelecida na decisão condenatória de 1º grau, viria a prejudicar a situação financeira do Recorrente, posto que supera sua capacidade econômica, além de afrontar-lhes as condições pessoais, as quais, conforme reconhecido na sentença, lhes são extremamente favoráveis. De mais a mais, é certo que a fixação da pena de multa deve obedecer aos mesmos critérios presentes no art. 59 do Código Penal.

Nesta linha de intelecção, a jurisprudência tem se manifestado da seguinte maneira:

“PENAL E CONSTITUCIONAL. ART. 168-A, § 1º, II DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PENAS EXACERBADAS. PROVIMENTO PARCIAL. I - Comete o crime previsto no art. 168-A, § 1º, II, do Código Penal aquele que deixa de recolher contribuições da parte patronal devidas à Seguridade Social, as quais tenham integrado os custos ou despesas contábeis relativos aos produtos e serviços prestados pela empresa representada pelo acusado. II - A materialidade ficou sobejamente comprovada, tanto pelos laudos periciais, quanto pelos depoimentos prestados durante a instrução

criminal. III - Sendo favoráveis as circunstâncias judiciais ao acusado e afastados os maus antecedentes na dosimetria da pena, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal, cuja pena de multa deve obedecer aos mesmos critérios utilizados para a dosagem da pena privativa de liberdade. IV - Redução da penas restritivas de direitos a fim de obedecer aos mesmos critérios utilizados para a dosagem da pena privativa de liberdade. V - Apelação do réu parcialmente provida.” (grifamos) (ACR 200232000045010 – Apelação Criminal. TRF1. Rel.: Des. César Jatahy Fonseca. Órgão Julgador: 3ª Turma. D.J.: 12.03.2010)

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO. PENA. PRIMARIEDADE. BONS ANTECEDENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DOLO INTENSO. CONHECIMENTO DO ILÍCITO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE MOTIVAÇÃO. VÍTIMA QUE NÃO CONTRIBUIU PARA PRÁTICA DELITUOSA. ELEMENTOS INDEVIDOS PARA MAJORAÇÃO. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. INCIDÊNCIA ÚNICA. PENA DE MULTA. CONDIÇÃO FINANCEIRA DOS RÉUS. EXACERBAÇÃO. JUSTIÇA GRATUITA. COMPETÊNCIA PARA ANÁLISE DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. VEDAÇÃO DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. IMPOSIÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA INICIADA. PEDIDO PREJUDICADO. I - O dolo intenso, o conhecimento do ilícito, a não demonstração de motivação e a afirmação de que a vítima não contribuiu para a prática delituosa não justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, sobretudo sendo os réus primários e de bons antecedentes. II - A presença de duas causas de aumento não autoriza a dupla incidência do aumento, fixado em seu grau máximo (metade) sem a devida fundamentação, devendo haver uma única incidência, impondo-se seu estabelecimento no mínimo (um terço). III - **A pena de multa deve ser fixada de maneira proporcional à pena de reclusão imposta e, sobretudo, considerando-se a situação econômica dos réus. In casu, a pena foi fixada de forma exacerbada, tendo em vista a precária situação dos réus, devendo ser reduzida.** IV - O pedido de isenção do pagamento de custas e despesas processuais se refere ao cumprimento da condenação, razão pela qual deve ser apreciado pelo Juízo competente para execução. Precedentes. V - O pleito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso, tendo em vista a fixação na condenação de regime menos gravoso (semiaberto), encontra-se prejudicado, pois superados seus fundamentos pelo início da execução provisória da pena imposta. VI - Apelação dos réus parcialmente provida.” (grifamos) (ACR 200743000017250 – Apelação Criminal. TRF1. Rel.: Des. César Jatahy Fonseca. Órgão Julgador: 3ª Turma. D.J.: 09.10.2009)

Ora, no caso concreto, com a *concessa venia* aos frágeis argumentos esposados na sentença, houve manifesta **desproporcionalidade**

entre o *quantum* da reprimenda aplicada e os fatos narrados nos autos, principalmente quando se tem em conta que o Recorrente **é réu primário e ostenta bons antecedentes e bom conceito social.**

Diante da inexistência de provas nos autos no sentido de se agravar a pena-base da pena de multa do Apelante, deve-se aplicar tanto a pena-base quanto o total de dias-multa em seus parâmetros mínimos.

12.2. DA DESPROPORCIONALIDADE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. AUMENTO EXACERBADO DA PENA. DESCONSIDERAÇÃO DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PARA CÁLCULO DE CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS.

Como já relatado em tópico anterior, o Juízo *a quo* elevou desfundamentadamente a pena-base do Apelante quanto aos crimes de corrupção ativa e lavagem de dinheiro, valorando negativamente em ambos as circunstâncias e consequências do crime.

Conforme pacífico entendimento deste e. Tribunal, cada vetorial do art. 59 do CP pode elevar a pena-base em até uma fração máxima de 1/8 (um oitavo) da diferença entre a pena mínima e o termo médio da pena em abstrato. Neste sentido, observem-se os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO. ARTIGO 334, § 1º, ALÍNEA "D", DO CÓDIGO PENAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. QUANTUM DE AUMENTO. ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFIGURAÇÃO. ISENÇÃO DE CUSTAS. JUÍZO DE EXECUÇÃO. 1. A constituição definitiva do crédito tributário e o exaurimento na via administrativa não são pressupostos ou condições objetivas de punibilidade para o início da ação penal com relação ao crime de descaminho. Precedentes desta Corte e do e. STF. 2. Devidamente comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, bem como o dolo do agente, deve ser mantida a condenação. 3. As circunstâncias do delito merecem maior reprimenda devido ao valor dos tributos iludidos. 4. **No que tange à carga atribuída pelo reconhecimento das vetorais desfavoráveis, o entendimento deste Relator é no sentido de que o peso de cada circunstância é calculado a partir do termo médio entre o mínimo e o máximo da pena cominada, do qual se reduz o mínimo, dividindo-se este**

resultado pelo número de circunstâncias (EINUL 2000.04.01.134975-0, 4ª Seção, Rel. Des. Federal Néfi Cordeiro, D.E. 28-5-2009). Caso em que não se verifica excepcionalidade que justifique o afastamento desse critério. 5. Aplicabilidade da atenuante de confissão espontânea, uma vez que o réu admitiu a prática delitiva. 6. Em vista do quantum de sanção privativa de liberdade, deve esta ser substituída por apenas uma restritiva de direito. 7. Eventual pedido de concessão de isenção do pagamento de custas deve ser formulado perante o juízo de execução. (TRF4, ACR 5006891-60.2011.404.7002, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Victor Luiz dos Santos Laus, juntado aos autos em 01/08/2014)

PENAL. ARTIGO 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DAS PENAS. CONTINUIDADE DELITIVA. OCORRÊNCIA. CONCURSO MATERIAL. AFASTAMENTO. DOSIMETRIA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO. 1. Constitui crime contra a ordem tributária a supressão ou redução de tributo, mediante a omissão de informações às autoridades fazendárias, nos termos do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90. 2. Comprovados o dolo, a materialidade e a autoria delitiva, cumpre a manutenção da condenação do réu às penas previstas do dispositivo mencionado. 3. **No que concerne à dosimetria da pena, deve ser mantida a vetorial de antecedentes do acusado, mas se considerando que o peso de cada circunstância judicial é calculado a partir do termo médio entre o mínimo e o máximo da pena cominada, do qual se reduz o mínimo, dividindo-se este resultado pelo número de circunstâncias.** 4. Tratando-se de crimes da mesma espécie (artigo 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/90) cometidos mediante mais de uma ação ou omissão, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução, devem ser tidos como continuados, nos termos do artigo 71 do Código Penal, não em concurso material. Considerando que o delito foi praticado em 02 (duas) oportunidades distintas, em 2004 e em 2005, deve ser aplicado o acréscimo de 1/6 (um sexto). 5. Considerando a redução do montante da pena privativa de liberdade, o réu faz jus à medida do art. 44 do CP, substituindo-se essa pena por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e em prestação pecuniária. 6. Sentença parcialmente reformada. (TRF4, ACR 5000096-27.2010.404.7211, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Altair Antonio Gregório, juntado aos autos em 02/10/2014)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CIGARROS. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS. VALORAÇÃO. REGIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. EFEITOS DA CONDENAÇÃO. PERDA DO CARGO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. (...) 4. **Com relação ao quantum de aumento da pena-base, prevalece neste Tribunal um critério de proporcionalidade matemática, segundo o qual, em regra, cada judicial considerada negativa implica aumento de um oitavo da diferença entre o mínimo da pena em abstrato e o termo médio. (...)** (TRF-4 - ACR: 14262120084047016 PR 0001426-21.2008.404.7016, Relator: Revisora, Data de

Julgamento: 27/05/2014, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 05/06/2014)

Pela regra adotada neste e. Tribunal, o magistrado somente poderia elevar a pena-base em 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias para cada circunstância judicial desfavorável no crime de corrupção, e em 05 (cinco) meses e 07 (sete) para o crime de lavagem de dinheiro.

Todavia, em relação ao crime de corrupção, o magistrado atribuiu a cada vetorial negativa o *quantum* de 15 (quinze) meses. Já em relação ao delito de lavagem de dinheiro, a pena foi elevada em 09 (nove) meses por cada circunstância judicial negativada.

Com relação ao crime de lavagem de ativos, a pena base já foi injustificadamente arbitrada em um ano e 06 meses acima do mínimo legal (mínimo de 03 anos), e, quanto ao crime de corrupção, em mais que o dobro da pena mínima legalmente fixada (mínimo de 02 anos).

Sendo assim, o magistrado *a quo* incidiu em indevida exacerbação da pena-base, violando frontalmente os princípios constitucionais da proporcionalidade e individualização das penas, desde já prequestionados.

Sobressai-se, dessa forma, a improcedência dos argumentos desenvolvidos pelo Juízo de 1º grau para consubstanciar o aumento da pena muito além do mínimo legal, motivo pelo qual se impõe a revisão dos critérios adotados.

12.3. DA IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, B, DO CÓDIGO PENAL QUANTO AO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS. CORRUPÇÃO ATIVA. CRIME FORMAL. EFETIVO PAGAMENTO. IRRELEVANTE PARA A CONSUMAÇÃO DO DELITO.

Em relação ao delito de lavagem de dinheiro, houve reconhecimento da agravante do art. 61, II, “b”, do CP, pelo qual a pena foi elevada para 05 (cinco) anos de reclusão. O Juízo *a quo* justificou tal agravamento da pena alegando que “*a operação de lavagem, tendo por antecedentes crimes de cartel e de ajuste fraudulento de licitações (art. 4º, I, da Lei nº 8.137/1990, e art. 90 da Lei nº 8.666/1993), tinha por finalidade propiciar o pagamento de vantagem indevida, ou seja, viabilizar a prática de crime de corrupção*”.

Com a concessa vênia, os argumentos expostos pelo magistrado não se sustentam.

Como é cediço, o crime de corrupção ativa é crime formal, isto é, que se consuma a partir da mera prática da conduta descrita no tipo penal, independente da verificação do resultado naturalístico. Desta forma, basta que se ofereça ou se prometa uma vantagem indevida ao *intranseus* para que o delito tipificado no art. 333 do CP se considere consumado.

Acompanhando este raciocínio, conclui-se que a existência do efetivo pagamento configura mero exaurimento do crime. Inclusive, este é o posicionamento adotado por esta e. Turma nos seguintes julgados:

PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. ART. 333 DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. **A corrupção ativa é um crime formal, ou seja, em que a consumação acontece com o simples oferecimento da vantagem indevida. Portanto, a efetiva entrega da vantagem é mero exaurimento do crime já consumado.** 2. Os depoimentos dos policiais que participaram da prisão em flagrante merecem a devida credibilidade até prova em contrário, especialmente se estiverem em harmonia com as demais provas produzidas e submetidas ao contraditório, podendo ser aceitos subsidiariamente pelo juiz para formação de seu convencimento. 3. **O bem jurídico tutelado pelo tipo penal em apreço é a moralidade da Administração Pública e seu regular funcionamento, de forma que o quantum da vantagem indevida oferecida ao agente público é irrelevante para aferição da tipicidade da conduta.** 4. Apelação criminal desprovida. (TRF-4 - ACR: 50007890320134047212 SC 5000789-03.2013.404.7212, Relator: JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Data de Julgamento: 25/03/2015, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 09/04/2015)

PENAL. ART. 334, CAPUT, DO CP. CONTRABANDO. ART. 333 DO CP. CORRUPÇÃO ATIVA. AUTORIA. PROVA. INSUFICIÊNCIA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. PRESCRIÇÃO. 1. Realizada a conduta de introduzir no território nacional bem de importação proibida ou sem o devido recolhimento dos tributos incidentes, resta configurada a prática do delito descrito no art. 334 do CP. 2. É proibida a importação de automóvel usado, exceto quando tratar-se de veículo com mais de 30 anos de uso e para fins culturais ou de coleção, conforme disposto na Portaria nº 08, de 13 de maio de 1991, do Departamento de Comércio Exterior, em seus arts. 25, alínea h, e 27. 3. **A configuração do delito de corrupção ativa dá-se com o oferecimento ou promessa de vantagem a funcionário público, onde o dolo consiste na intenção de realizar alguma dessas condutas, com o fim específico de o funcionário praticar, omitir-se ou retardar ato de ofício, sendo este o elemento subjetivo do tipo. Ainda, para a consumação do crime, desnecessário o recebimento da vantagem,**

apenas a ocorrência da oferta ou promessa. 4. Preponderando, quando do recebimento da denúncia, o interesse da sociedade em apurar a ocorrência de infração penal, basta a prova da materialidade e indícios da autoria; contudo, para o julgamento, deve se ter a certeza acerca da realização do delito, do autor da infração e do dolo, pois, caso contrário, com base no princípio constitucional da presunção de inocência, a prevalência da absolvição se impõe. 5. Fixada pena inferior a 02 (dois) anos e transcorridos mais de 04 (quatro) anos entre o fato e o recebimento da denúncia, deve ser reconhecida a prescrição e declarada extinta a punibilidade, com aplicação dos arts. 107, IV, 109, V e 110, § 1º, todos do CP. (TRF-4 - ACR: 244 SC 2002.72.01.000244-6, Relator: LUIZ FERNANDO WOVK PENTEADO, Data de Julgamento: 12/11/2008, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 26/11/2008)

Portanto, não importa ao crime de corrupção se houve a efetiva entrega da vantagem, e muito menos o seu *quantum*. Trata-se o pagamento, portanto, de *post factum* impunível para os efeitos do tipo penal em comento.

Sendo assim, a conclusão do magistrado *a quo* (de que o pagamento de vantagem indevida para viabilizar a prática do crime de corrupção ativa se caracteriza como causa agravante) é totalmente equivocada, sob pena de violação dos arts. 59, 61, II, *b*, 333, do CP e do art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, desde já prequestionados. Impõe-se, portanto, o afastamento da referida agravante.

12.4 DA NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO (ART. 65, III, D, DO CP). COLABORAÇÃO DO APELANTE. CONCURSO ENTRE AGRAVANTE E ATENUANTE.

Vê-se, também, que o magistrado *a quo* deixou de aplicar a atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, embora tenha se utilizado do interrogatório do Apelante para firmar as condenações com relação aos pagamentos de vantagens indevidas a Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa:

421. Em seu interrogatório judicial (evento 890), Rogério admitiu, em síntese, o pagamento de propinas ao Diretor Paulo Roberto Costa por intermédio de Alberto Youssef e com a simulação dos contratos de consultoria com a GFD Investimentos e a Empreiteira Rigidez. Declarou, porém, que a Mendes Júnior foi extorquida para efetuar o pagamento sob pena de não ser convidada para licitações e de não serem aprovados aditivos para o contrato do Consórcios CMMS e do Terminal da Barra do Riacho. As exigências foram feitas em reunião onde estava presente o acusado, Sergio Cunha Mendes e Alberto Youssef. Declarou que efetuou os pagamentos por orientação de

Sergio Cunha Mendes. Foi convocado para a reunião por Sergio Cunha Mendes que teria recebido ligação de Paulo Roberto Costa. **O depoimento de Rogério Cunha, diferentemente do de Sergio Mendes, converge com o que ele já havia declarado quando ouvido no inquérito (evento 1, out186).**

A redução da pena pela admissibilidade da confissão não se mostra uma mera faculdade do Poder Judiciário, mas um dever de aplicação, tornando-se imperiosa a constatação da atenuante genérica no caso dos autos. Nesta mesma linha se posicionam tanto a doutrina especializada quanto a jurisprudência pátria.

Consoante se depreende da leitura do art. 65 (“*Art. 65 - São circunstâncias que **sempre atenuam a pena:** (...) III - ter o agente: (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;*”), tais causas **sempre atenuam a pena**. Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DEFENSIVO - ROUBO CIRCUNSTANCIADO - PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA - IMPOSSIBILIDADE - DELITO CONSUMADO - RÉU COM MENOS DE 21 ANOS NA DATA DO FLAGRANTE - CONFISSÃO - CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES - POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUEM DO MÍNIMO LEGAL - EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO PELO EMPREGO DA ARMA QUE NÃO FOI APREENDIDA E NEM PERICIADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Incabível a desclassificação do delito para a forma tentada, pois percebe-se que o delito foi consumado, uma vez que o agente e seu comparsa anunciaram o assalto, apoderaram-se da bicicleta da vítima e saíram calmamente, sendo que o apelante somente foi localizado após a vítima acionar a polícia e saírem fazendo diligência pelo bairro, tendo desfrutado da posse mansa e pacífica do objeto roubado, mesmo que por curto lapso temporal. Se o agente tinha menos de 21 anos quando da prisão em flagrante, é imperativa a aplicação do art. 65, I, do CP. **O art. 65 do Código Penal traz rol de circunstâncias que sempre atenuam a pena, de modo que não há falar em limitação à diminuição da pena aquém do mínimo abstrato previsto para o delito se o réu confessou a prática do delito.** Não tendo sido apreendido e periciada o suposto revólver utilizado no crime, deve ser excluída a causa de aumento da pena referente ao emprego de arma prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

(TJ-MS - APL: 00170138220128120001 MS 0017013-82.2012.8.12.0001, Relator: Des. Manoel Mendes Carli, Data de Julgamento: 10/12/2012, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 17/01/2013)

EMBARGOS INFRINGENTES. TENTATIVA. PRESO LOGO APÓS A SUBTRAÇÃO DO BEM QUE FOI RESTITUÍDO À

VÍTIMA, É DE SE ADMITIR A MINORANTE DA TENTATIVA. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. NÃO TENDO A SÚMULA 231 DO STJ CARÁTER VINCULANTE, É POSSÍVEL REDUZIR A PENA AQUÉM DO MÍNIMO VISTO QUE A TEOR DO ART. 65 DO CÓDIGO PENAL, AS ATENUANTE SÃO CIRCUNSTÂNCIAS QUE SEMPRE ATENUAM A PENA. EMBARGOS ACOLHIDOS. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70028567436, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 20/03/2009) (TJ-RS - EI: 70028567436 RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Data de Julgamento: 20/03/2009, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/05/2009)

Outrossim, como o magistrado *a quo* se utilizou do interrogatório do Sr. Rogério Cunha como prova para a condenação dele, **impõe-se a aplicação da atenuante do art. 65, III, d, do CP, sob pena de violação não só deste artigo como da Súmula 545 do STJ:**

Súmula 545 STJ. Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

Ante o exposto, deve a atenuante da confissão ser reconhecida em face de todos os crimes aos quais o Apelante foi condenado, mesmo que isto signifique a fixação da pena em patamar aquém ao mínimo. Ainda, acaso seja mantida a incidência da agravante do art. 61, II, b, do CP, é possível que haja a sua compensação com a atenuante da confissão espontânea do art. 65, III, d, do CP, sob pena de violação do art. 67 do CP.

Não obstante, acaso não se considere o interrogatório do Recorrente como confissão completa dos fatos em razão da apresentação de alibi – que não foi reconhecido pela sentença –, impõe-se ainda assim o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea – mesmo que esta seja reconhecida como parcial –, posto que utilizada pelo Juízo de primeiro grau como prova para a condenação. Neste sentido, dentre inúmeros outros, colham-se os seguintes precedente do STJ: HC 275600/SP, DJe 19/12/2013; HC 270093/SP, DJe 14/11/2014; HC 252122/SP, DJe 13/08/2013.

12.5. DA NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 333 DO CP. VIOLAÇÃO DO ART. 93, IX, DA CF. OFENSA AO PRINCÍPIO *NULLA ACCUSATIO SINE PROBATIONE*.

Quanto ao crime de corrupção ativa, o magistrado sentenciante reconheceu a incidência da causa de aumento do parágrafo único do art. 333 do CP, exasperando a pena em 1/3 (um terço), justificando que teria “*o pagamento da vantagem indevida comprado a lealdade de Paulo Roberto Costa que deixou de tomar qualquer providência contra o cartel e as fraudes à licitação*”.

Tal conclusão mostra-se absolutamente equivocada com relação ao Recorrente, que nenhum contato deteve com Paulo Roberto Costa com relação à negociação ou pagamento de propina, bem como quanto a acordo de quaisquer vantagens que viessem a favorecer a Mendes Júnior.

Com efeito, o próprio Paulo Roberto Costa esclareceu que nunca tratou de propina com o Apelante. Neste sentido, veja-se o seguinte trecho do seu depoimento, constante na sentença (e. 1051):

370. Neste trecho, informa Paulo Roberto Costa que tratou com o acusado Sérgio Cunha Mendes sobre as propinas dos contratos e elencou algumas obras nas quais teria havido o pagamento, embora também afirme não se recordar com precisão: "Juiz Federal: Seguindo aqui na ação penal 508340118.2014.404.7000, Mendes Junior. A Mendes Junior participava desse cartel?

Paulo Costa: Participava.

Juiz Federal: Com quem que o senhor tratou, o senhor tratou com alguém na Mendes Junior sobre esses comissionamentos?

Paulo Costa: Eu acho que teve também a participação, numa primeira reunião com o José Janene e participava, participou dessa reunião o Sérgio Mendes.

Juiz Federal: Foi discutido comissionamento nessa reunião?

Paulo Costa: Eu acho, eu acho que nessa reunião foi discutido, nessa primeira reunião com o Sérgio Mendes e o José Janene que eu participei acho que foi discutido sim.

Juiz Federal: O senhor chegou a tratar com mais alguém, não?

Paulo Costa: **O meu contato era só com o Sérgio Mendes.**

(...)

Juiz Federal: Chegou a, sem conversar sobre percentuais, mas chegou a discutir propinas com alguém da Mendes Junior depois dessa reunião?

Paulo Costa: Não, meu contato era só com o Sérgio Mendes e os outros contatos foram contatos técnicos, previsão de obras, etc., eu não me lembro de ter discutido percentuais com ele em outra reunião que não tenha sido essa primeira reunião, não me lembro.

Juiz Federal: **Alguma outra pessoa da Mendes Júnior que o senhor tenha tratado?**

Paulo Costa: **Não, o contato era só com o Sérgio Mendes.** Obviamente devo ter conhecido outras pessoas da Mendes Junior, mas meu contato era mesmo com Sérgio Mendes.

Juiz Federal: **Rogério Cunha de Oliveira, o senhor se recorda?**

Paulo Costa: Eu acho que ele esteve com Sérgio Mendes em alguma reunião comigo lá.

Juiz Federal: Seria, segundo a denúncia, o diretor de óleo e gás da Mendes Júnior.

Paulo Costa: Possivelmente esteve comigo sim.

Juiz Federal: **O senhor se recorda de ter discutido propina com ele?**

Paulo Costa: **Não, não me recordo de ter discutido. Meu contato era com o Sérgio mesmo”.**

Mostra-se, no mínimo, contraditório que o magistrado *a quo* faça menção a este depoimento na sentença para, em seguida, elevar a pena do Apelante por uma conduta que não é sua. **Não há provas nos autos que refutem o depoimento de Paulo Roberto Costa, isto é, que atestem que ele e o Apelante se reuniram para negociar propina ou combinar vantagens para a empresa.**

Ainda, veja-se que o próprio magistrado *a quo* aduziu na sentença que “450. **Não há prova de que Paulo Costa tenha, porém, praticado ato de ofício para favorecer a Mendes Júnior consistente em inflar preços de contratos ou de aditivos ou permitir que fossem superfaturados**”. Ora, como se admitir, então, que se aplique uma causa de aumento de pena por algo que não encontra nenhum subsídio probatório nos autos? Trata-se de flagrante violação ao princípio da fundamentação das decisões (art. 93, IX, da CF) e da *nulla accusatio sine probatione* (art. 1º, *caput* e III, c/c art. 5º, LIV e LV, da CF), desde já prequestionados.

A manutenção da incidência desta causa de aumento representa grave violação ao princípio da individualização da pena.

Ademais, de acordo com o próprio depoimento de Paulo Roberto Costa, depreende-se que, pela sua posição de Diretor de Abastecimento da Petrobrás, ele não poderia tomar providências contra o suposto cartel e as fraudes à licitação (e. 849), ou seja, inexistiria a suposta “lealdade” usada como argumento para aumento da pena:

369. No seguinte trecho, Paulo Roberto Costa descreve genericamente o esquema criminoso:

(...)

Juiz Federal: - E como é que o senhor poderia ajudar esse cartel?

Paulo: - **Trabalhando junto com a área de engenharia, área de serviço, que era quem executava as licitações. As licitações na Petrobras, de refinarias, de unidades de refino, de plataformas, etc, eram todas conduzidas pela área de serviços, obviamente que eu era, vamos dizer assim, a área de serviço era uma prestadora dessa atividade pra minha área de abastecimento, como era também pra extração e produção, gás e energia e etc, mas como diretor se tinha também um peso, junto ao diretor da área de serviço, em relação à relação de empresa participar e**

etc, embora não fosse conduzida pela minha área, obviamente que se tinha um peso nesse processo.

Juiz Federal:- Certo, mas a questão, por exemplo, dos convites da licitação, o senhor de alguma forma, então, vamos dizer, ajudava esse cartel? Pra que fossem convidadas somente empresas do grupo?

Paulo:- Indiretamente, sim. Conversando com o diretor da área de serviços, quando adentrasse uma conversa preliminar com ele, sim.

Juiz Federal:- Esse grupo, eles tiveram a mesma conversa, o senhor tem conhecimento, com a diretoria de serviços?

Paulo:- Possivelmente sim, **não tem dúvida porque, como lhe falei, Excelência, o processo todo era conduzido pela área de serviço, então obviamente que tinha que ter essa conversa com a área de serviço. Ela que conduzia todo o processo licitatório, ela que acompanhava, vamos dizer, toda a licitação, ela que fazia parte do orçamento básico da Petrobras, todo, todo esse processo era conduzido pela área de serviço.**

(...)

Juiz Federal:- Foi nessa reunião, que lhe foi apresentado esse cartel, foi lhe feita alguma proposta financeira?

Paulo:- Não.

Juiz Federal:- Não?

Paulo:- Não. Não me foi feita proposta financeira, mas, vamos dizer, através dos entes políticos, que eu já mencionei anteriormente aí, essa, esse acordo financeiro era feito pelos entes políticos, então no caso da diretoria de abastecimento, isso era tratado diretamente pelo deputado José Janene, e aí ele me passou que ficaria a diretoria de abastecimento, auferia 1 % do valor, em média 1%, dos valores dos contratos, mas eu não cheguei, em nenhum momento, a discutir com nenhuma empresa, com nenhum presidente de nenhuma empresa, diretor de empresa, valores, esses valores era sempre feitos pelos políticos, não foi feito por mim.

Juiz Federal:- Mas essa reunião que o senhor teve com esses 02 representantes das empreiteiras, por quê que eles revelaram pro senhor a existência desse cartel, eles fizeram essa solicitação?

Paulo:- **Para eu poder ajudá-los quando fosse feito o convite pela área de serviço, pra eu poder ajudá-los que aquele convite não fosse mexido, que não fosse incrementado com novas empresas que, vamos dizer, não houvesse nenhum óbice da participação daquele grupo no processo.**

Juiz Federal:- E o senhor aceitou essa proposição?

Paulo:- Sim.

Juiz Federal:- O senhor aceitou por qual motivo?

Paulo:- **Porque eu tinha, vamos dizer, dentro da minha indicação para assumir a diretoria de abastecimento, eu tinha esse compromisso com a entidade política, por isso que eu aceitei.**

(...)

Paulo:- Teve reunião que eu presenciei que ele apertou as empresas em relação ao percentual que cabia ao PP.

Juiz Federal:- O quê que, por exemplo, que tipo de afirmação que ele fez, que tipo de...?

Paulo:-Que ia ter dificuldades dentro da Petrobras, ou ia ter outras dificuldades que ele podia criar, como político, podia criar em relação à empresa A, B ou C. Dentro da Petrobras também, vale a pena esclarecer, talvez não tenha ficado claro, e isso também a imprensa coloca de forma divergente, que eu podia, por exemplo, atrasar pagamentos. **Eu jamais podia atrasar um pagamento de uma empresa porque quem fazia a fiscalização dos contratos e quem fazia o pagamento dessas faturas era a área de serviços, não era nenhuma pessoa subordinada a mim.** Eu era o dono do orçamento, eu tinha que prestar conta pra diretoria, pro conselho de administração, do orçamento da minha área, mas **quem conduzia a licitação, quem assinava os contratos, quem fiscalizava as empresas, quem fazia pagamentos e aditivos era a área de serviços.** Então se uma empresa chega e fala assim, “mas o Paulo podia atrasar pagamento”, outra inverdade, porque não era eu que fazia a medição. “Ah mas eu podia atuar junto ao fiscal do contrato pra retardar o pagamento”, era uma exposição gigantesca da minha área, como eu ia fazer isso?

Juiz Federal:- O senhor nunca fez isso então?

Paulo:-Nunca.

Juiz Federal:- Esses aditivos, os aditivos dos contratos, também era pago propina ou comissionamento em cima dos valores deles?

Paulo:-Normalmente sim. Como é que funcionava, como é que funciona, acho que a Petrobras ainda funciona dessa maneira: **vamos fazer uma licitação de uma plataforma, vamos fazer uma licitação de uma refinaria, isso é preparado pela área de serviço, todo o processo, é encaminhada essa minuta de contrato pro serviço jurídico da Petrobras, o serviço jurídico tem que opinar sobre isso e vai pra diretoria, quando vai pra diretoria, todos os diretores analisam as pautas previamente, então vamos dizer, não há possibilidade de um diretor da Petrobras, ou de um presidente da Petrobras, alocar coisas de forma errada dentro de um processo institucionalizado que a Petrobras tem de controle.** “Ah, mas o controle foi falho”, foi falho, mas existia um controle muito grande. Qualquer processo desses passava, sei lá, por 30, 40, 50 pessoas um processo desses, então, vamos dizer, vamos fazer uma licitação da refinaria Abreu e Lima. A área de serviço vai lá, prepara o contrato da unidade de coqueamento retardado da refinaria Abreu e Lima, esse contrato vai pro jurídico analisar as cláusulas jurídicas, não técnicas obviamente. Aprovou, toda pauta que chegava na diretoria da Petrobras tinha que ter o parecer do jurídico, senão a pauta não era aprovada. Passa essa pauta por todos os diretores, inclusive o presidente. “Tá tudo certo?”, tá tudo certo. Aí era autorizado a fazer a licitação.

Juiz Federal:- Certo.

Paulo:-Aditivo, precisa fazer um aditivo, segue o mesmo processo, vai pro jurídico, vai pra diretoria, cada diretor examina e a diretoria aprova de forma colegiada. **Então não há nenhum contrato da Petrobras que foi aprovado sozinho por Paulo, sozinho por Duque, sozinho por Gabrielli, isso não existe. Então, vamos dizer, existe e a Petrobras tem o controle. Falhou? Falhou, mas ela tem um controle.**

Em conformidade com o depoimento supracitado de Paulo Roberto Costa, as questões relativas aos procedimentos licitatórios eram de responsabilidade da Área de Serviços da Petrobrás, que não são objeto desses autos. O colaborador não tinha poder de atrasar pagamentos para as empresas, de interferir na comissão de licitação, pois tudo isso estava afeto à Área de Serviços. Somente era possível ao Diretor de Abastecimento procurar exercer influência em relação ao Diretor da Área de Serviços, cabendo a decisão final a este.

Ademais, observe-se que conforme o depoimento acima, usado para a condenação, o suposto acerto para pagamento de vantagem se firmara a partir dos agentes políticos, o que afasta, igualmente, a participação do Apelante na conduta e, em consequência, a incidência da causa de aumento em questão, sob pena de violação do princípio da individualização das penas e da *nulla accusatio sine probatione*.

12.6. DA NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 29, §1º, DO CP. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA DO APELANTE.

O Juízo de primeiro grau, quando da dosimetria das penas do Apelante, deixou de aplicar a causa de diminuição constante no art. 29, §1º, do CP, relativa à “participação de menor importância”.

Ora, toda a atuação do Recorrente encontra-se diretamente vinculada aos seus superiores hierárquicos na empresa Mendes Júnior. Tanto isto é verdade que, ao reconhecer a responsabilidade do Apelante nas condutas imputadas, afirmou o magistrado que “*Rogério Cunha Pereira, [era] subordinado a Sergio Cunha Mendes*” (e. 1051, item 478).

Como já exaustivamente demonstrado nos autos em todas as peças defensivas e nas provas colhidas na instrução, Rogério Cunha de Oliveira sempre atuou como mero funcionário da Mendes Júnior, tendo exercido cargo de direção por pouquíssimo tempo e, ainda assim, sob comando e ordem dos sócios e proprietários da empresa.

Bastava ler os interrogatórios judiciais do Apelante e do corréu Sérgio Mendes, ou até mesmo aos depoimentos dos delatores Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef, para que se percebesse o

equivoco empreendido em não se reconhecer a menor importância da sua participação.

Do contexto no qual Rogério Cunha se viu inserido, extraem-se as seguintes conclusões (e. 970 – alegações finais):

- (I) O Recorrente não podia conhecer de outros pagamentos supostamente elaborados por outras empreiteiras a Alberto Youssef;
- (II) O Recorrente desconhecia por completo a destinação que Youssef daria aos valores exigidos;
- (III) O Recorrente não sabia que os valores exigidos por Youssef eram, de fato, encaminhados a Paulo Roberto Costa, já que nunca tratou com esse último senhor, o qual, por sua vez, aduziu que nunca tratou de assuntos ilícitos com Rogério Cunha;
- (IV) O Recorrente agiu em situações pontuais, já descritas e confessadas em seu interrogatório.

Ocorre que Rogério Cunha de Oliveira, ora Apelante, esclareceu ter agido sob determinação de seu superior na empresa e não deter poderes para decidir sobre os pagamentos exigidos por Alberto Youssef. **Deve ser levado em consideração o fato de que ele, mesmo quando assumiu cargo da Diretoria de Óleo e Gás em 2011, não detinha autonomia e independência para firmar contratos sem procuração específica que os delimitassem, tampouco para determinar diretrizes e posicionamentos da monta daquelas descritas dentre os fatos investigados.**

Em outras palavras, o Apelante não detinha poder decisório para determinar o repasse de dinheiro da empresa a terceiros, ou a quem quer que fosse.

Ora, conforme amplamente demonstrado nos autos, o Recorrente não tinha conhecimento dos envolvidos nesta suposta associação criminosa. Nem mesmo o exercício do cargo de Diretor de Óleo e Gás da companhia Mendes Júnior autorizaria a conclusão de que sua participação seria relevante aos fatos, já que Rogério – como exaustivamente demonstrado – não possuía qualquer tipo de liberdade negocial em relação às extorsões praticadas, seja em face de Paulo Roberto Costa, seja em face de Alberto Youssef.

Na verdade, o Recorrente sempre esteve subordinado aos desígnios de seus superiores hierárquicos dentro da empresa. Sobre o tema, vide o seu interrogatório (e. 890):

Juiz Federal: Foi no lugar do Alberto Vilaça. E dentro desse cargo de diretor de óleo e gás o senhor se reportava a quem?

Interrogado: Ao Sérgio Mendes e ao doutor Murilo Mendes.

Juiz Federal: Alguma diferença entre os dois?

Interrogado: Não.

Juiz Federal: O senhor se reportava aos dois, a um deles, havia alguma diferença?

Interrogado: Mais ao Sérgio.

(...)

Juiz Federal: E quem falou que esses aditivos não seriam aprovados seria o Alberto Youssef então?

Interrogado: O Alberto Youssef. Bom, não seriam aprovados e a Mendes Júnior teria retaliações de não ser convidada, etc., aquela conversa de sempre que a gente tem escutado nos depoimentos. **A reunião acabou, o Sérgio disse que depois daria uma posição pra ele e pediu pra aguardar depois, o Sérgio disse, “Olha, você aguarde que depois eu lhe dou uma posição”.** Eu fiquei assustado, nunca tinha na minha vida toda, presenciado uma solicitação dessas, era um serviço que a gente, a gente apresentou um preço de R\$ 125.000.000,00, que era justo, só pagaram 85 e ainda estão pedindo dinheiro! Eu voltei pra Belo Horizonte, voltei a trabalhar, depois de um certo tempo, eu não sei, 15, 20 dias, **o Sérgio me chamou, disse que conversou com o doutor Murilo, e o doutor Murilo tinha mandado fazer os pagamentos pra receber o dinheiro** e que eu solicitasse de Youssef os contratos, só que ele aceitava pagar esse R\$ 1.200.000,00 que o Youssef pediu adiantado, mas que poderia pagar só em 4 parcelas de 300.000,00, e o resto dos pagamentos só seriam feitos após o recebimento do aditivo.

(...)

Juiz Federal: Nessa primeira reunião, o senhor mencionou, o senhor Sérgio Mendes estava presente?

Interrogado: Foi ele que me convocou pra reunião.

Juiz Federal: Sim, mas ele estava presente também?

Interrogado: Estava presente. Eu fui nessa reunião praticamente um ouvinte, eu não falei nada, a reunião foi entre o Sérgio Mendes e o Alberto Youssef.

Juiz Federal: No inquérito policial, quando ele prestou declarações sobre esses mesmos fatos, ele mencionou que ficou sabendo dessa solicitação, dessa exigência de pagamento de propina através do senhor, disse ele lá "...que no mesmo ano Alberto Youssef foi apresentado ao senhor Rogério Cunha, o qual comentou à época na empresa que Alberto Youssef, agindo em nome de Paulo Roberto Costa, exigia que a Mendes Júnior efetivasse o pagamento de vantagem indevida...". Não foi assim que aconteceu?

Interrogado: Não, isso não é verdade, não é verdade. Excelência, eu saí de obra, entrei na empresa, eu não conhecia ninguém dessas empresas aí desse alto escalão das empresas, como é que eu ia conhecer Alberto Youssef, fazer todo esse negócio aí, eu não tenho essa capacidade.

Juiz Federal: Então essa exigência que o senhor disse foi feita realmente numa reunião presencial em que estaria o senhor e o seu Sérgio Mendes?

Interrogado: O Sérgio Mendes, e praticamente eu fui ouvinte nessa reunião.

(Trechos do interrogatório de Rogério Cunha Mendes – Evento 890)

Além disto, como já exposto em tópicos anteriores, o delator Paulo Roberto Costa aduziu não ter tido qualquer contato com o Rogério acerca do recebimento de valores ou quaisquer questões ilícitas.

Não bastasse isso, vê-se que o outro delator, Alberto Youssef, quando indagado pelo Juiz, confirmou que só manteve contato com o Apelante a partir do ano de 2011, quando ele assumiu a função de Diretor de Óleo e Gás. E mais: quando Youssef tratava com o Apelante acerca de valores de contratos, ele normalmente dizia que iria se reportar a Sergio Mendes, como uma forma de confirmar se deveria ou não fazer aqueles pagamentos (e. 849):

Juiz Federal – Nenhum deles reportou, por exemplo, a necessidade de consultar o presidente da empresa ou o Murilo Mendes?

Alberto Youssef – Olha, normalmente o Rogério dizia a mim que ia tratar com o Sergio Mendes e também ia ver se a empresa tinha recurso para que pudesse ser feito os pagamentos naquelas datas.

(Trechos do interrogatório de Alberto Youssef – Evento 907)

Não se olvide, também, que o colaborador Augusto Mendonça, o qual teria trazido aos autos o assunto *cartelização*, em momento algum aponta o nome do Rogério Oliveira como participante de quaisquer reuniões do citado “clube”.

Assim, explicitadas todas estas evidências, resta evidente que a participação do Recorrente não teve maior importância para a prática dos fatos em comento, pois sua atuação em pouco contribuiu para a realização dos crimes em debate, sendo devida a incidência da correspondente causa de diminuição de menor importância em seu patamar máximo (1/3 – um terço). Sobre o tema, veja-se o seguinte julgado, emanado deste e. Tribunal:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL. ART. 289, § 1º, DO CP. MOEDA FALSA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. ELEMENTO DE PROVA. MATERIALIDADE, AUTORIA E ELEMENTO SUBJETIVO DEMOSTRADOS. RESPONSABILIDADE CRIMINAL COMPROVADA. CONDENAÇÃO. REPRIMENDA. SUBSTITUIÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. PARCELAMENTO. ISENÇÃO DE CUSTAS. EXECUÇÃO. (...) 6. **A participação de menor importância revela aplicação de princípio basilar em Direito Penal, em que cada um responderá na medida de sua culpabilidade. É causa de diminuição da pena, quando, no caso concreto, verifica-se que o agente participou da conduta delitiva, no entanto, pouco tomou parte na prática**

criminosa. (...) (TRF-4 - ACR: 25959520074047204 SC 0002595-95.2007.404.7204, Relator: Revisor, Data de Julgamento: 10/12/2013, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 19/12/2013)

12.7. DA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA E LAVAGEM DE CAPITAIS. NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DO ART. 71 DO CP. CRIME ÚNICO. EXACERBAÇÃO NA FIXAÇÃO DA FRAÇÃO.

Conforme já salientado, o Recorrente foi condenado a 08 (oito) anos de reclusão pela suposta prática de **03 (três) crimes de corrupção** ativa, e a 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão pelo suposto cometimento de **11 (onze) crimes de lavagem de dinheiro.**

Em relação especificamente ao instituto da continuidade delitiva, o magistrado *a quo* entendeu por aplicar a fração de 1/3 (um terço) em relação aos três crimes de corrupção ativa, e de 2/3 (dois terços) quanto aos onze crimes de lavagem de dinheiro.

Contudo, a aplicação das referidas frações de continuidade delitiva não deve permanecer em nenhum dos casos.

(I) Em relação aos crimes de corrupção ativa, o Juízo de 1º grau entendeu que as vantagens indevidas supostamente pagas a Paulo Roberto Costa em decorrência do seu cargo na Petrobrás bastariam para a configuração dos crimes de corrupção (e. 1051). Deste modo, aduziu que “412. Houve cinco crimes de corrupção, um acerto por contrato obtido pela Mendes Júnior junto à Petrobrás, mediante pagamento de propina” (e. 1051).

Nesta oportunidade, o Juízo *a quo* pontuou, sucintamente, que existiriam elementos para firmar a acusação de corrupção contra o Recorrente em três contratos (e. 1051), absolvendo-o da acusação de corrupção relacionada a dois outros contratos:

478. Rogério Cunha Pereira, subordinado a Sergio Cunha Mendes, atuou diretamente na corrupção ativa e na lavagem de dinheiro. O fato de ter atuado em subordinação a Sergio Cunha Mendes não elimina sua responsabilidade criminal. **Deve ser excluída sua responsabilidade pelos crimes de corrupção envolvendo o contrato do Consórcio Interpar e o da obra da REGAP pois nessa época ainda não era Diretor de Óleo e Gás da Mendes Junior. Responde, porém, pelos demais, mesmo do Consórcio CMMS pois era gerente do contrato e, além, disso participou diretamente dos**

repasse específicos da propina relativamente a este e os demais contratos.

Contudo, o que se observa é que a contagem de 03 (três) crimes independentes, a partir de cada contrato firmado entre a empreiteira e a Petrobrás é completamente equivocada.

Isso porque, como o magistrado *a quo* admitiu que a corrupção era generalizada e que houve acordo de pagamento de que sempre haveria pagamento de vantagens indevidas nos contratos (“regra do jogo”), independentemente de seu valor e do tempo em que firmado, **o raciocínio correto é se considerar todos os atos como exaurimento do suposto acordo inicial**. Observe-se como o magistrado descreveu o cenário da prática dos delitos na sentença (e. 1051):

197. O ajuste prévio entre as empreiteiras propiciava a apresentação de proposta, sem concorrência real, de preço próximo ao limite aceitável pela Petrobrás, frustrando o propósito da licitação de, através de concorrência, obter o menor preço.

198. Além disso, as empresas componentes do cartel, pagariam sistematicamente propinas a dirigentes da empresa estatal calculadas em percentual, de um a três por cento em média, sobre os grandes contratos obtidos e seus aditivos.

199. A prática, de tão comum e sistematizada, foi descrita por alguns dos envolvidos como constituindo a “regra do jogo” (...).

(...)

452. Como, porém, há notícias de que as propinas eram pagas até por empresas não cartelizadas, de se concluir, na esteira das declarações de alguns dos acusados, que as propinas haviam se tornado “rotina” ou a “regra do jogo”, sequer tendo os envolvidos exata compreensão do porquê se pagava ou do porquê se recebia.

453. Quando a corrupção é sistêmica, as propinas passam a ser pagas como rotina e encaradas pelos participantes como a regra do jogo, algo natural e não anormal, o que reduz igualmente os custos morais do crime.

Portanto, caso se considere imputável o crime de corrupção, é de se ver que o contexto posto na sentença permitiria a admissão, tão somente, **de uma única conduta ativa**, a qual teria redundado em vários pagamentos de vantagens indevidas, relacionados aos vários contratos e aditivos de obras (que seriam mero exaurimento da primeira conduta).

Ora, como o crime de corrupção ativa é crime formal – consumação com o mero oferecimento ou promessa de oferecimento de vantagem indevida, ou seja, com a realização do acordo prévio inicial denominado de “regra do jogo” –, os efetivos pagamentos de vantagens se configuram como *post factum* impunível (exaurimento do tipo):

PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. ART. 333 DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. JUSTIÇA GRATUITA. 1. **A corrupção ativa é um crime formal, ou seja, em que a consumação acontece com o simples oferecimento da vantagem indevida. Portanto, a efetiva entrega da vantagem é mero exaurimento do crime já consumado.** 2. Os depoimentos dos policiais que participaram da prisão em flagrante merecem a devida credibilidade até prova em contrário, especialmente se estiverem em harmonia com as demais provas produzidas e submetidas ao contraditório, podendo ser aceitos subsidiariamente pelo juiz para formação de seu convencimento. 3. **O bem jurídico tutelado pelo tipo penal em apreço é a moralidade da Administração Pública e seu regular funcionamento, de forma que o quantum da vantagem indevida oferecida ao agente público é irrelevante para aferição da tipicidade da conduta.** 4. O acusado, ainda que faça jus à justiça gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais nos termos do art. 804 do CPP, ficando, contudo, seu pagamento sobrestado, enquanto perdurar seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos, quando então a obrigação estará prescrita, conforme determina o art. 12 da Lei n.º 1.060/50. Compete ao juiz da execução apreciar o pedido de isenção do pagamento de custas processuais. 5. Apelação criminal desprovida. (TRF-4 - ACR: 50030141420134047012 PR 5003014-14.2013.404.7012, Relator: JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Data de Julgamento: 10/06/2015, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 15/06/2015)

CRIME - INÉPCIA DA INICIAL - NULIDADE DA SENTENÇA - INTERESSE EM RECORRER - SONEGAÇÃO FISCAL - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PAGAMENTO EFETUADO PELO PRÓPRIO AGENTE SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO - CRIME CONTINUADO - CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA - FORMAÇÃO DE QUADRILHA. (...) 8. **Tanto a corrupção ativa quanto a passiva consumam-se instantaneamente, com a primeira oferta ou promessa de vantagem indevida ao funcionário público e com a primeira solicitação ou recebimento da vantagem, não havendo falar em continuidade do suborno que deu causa à série subsequente dos crimes de sonegação fiscal.** (TRF-4 - ACR: 71851 PR 97.04.71851-9, Relator: AMIR JOSÉ FINOCCHIARO SARTI, Data de Julgamento: 17/08/1999, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 15/09/1999 PÁGINA: 637)

Diante da existência de crime único de corrupção, deve-se afastar a incidência do art. 71 do CP na dosimetria da pena, sob pena de violação do arts. 71 e 333 do CP, desde já prequestionados.

Não sendo esse o raciocínio empreendido, leve-se em conta que na presente defesa o Recorrente demonstra exaustivamente sua ausência de participação no fechamento da proposta, negociações de preços e assinaturas dos contratos do TABR e da REPLAN, uma vez que, antes de abril

de 2011, era mero engenheiro de obra, residente na própria cidade da Refinaria em construção e nenhum contato tinha com cargos de Direção.

Nesse raciocínio, como a acusação de corrupção é vinculada aos crimes antecedentes de cartel e fraude à licitação, o suposto ajuste de vantagens com Paulo Roberto Costa, para ser considerado com relação a cada um dos contratos, **teriam que necessariamente anteceder a data de sua assinatura. Tal entendimento já excluiria a acusação de corrupção nesses dois contratos com relação ao Recorrente.**

Contudo, ainda que este não seja o entendimento desta Corte – o que se admite por hipótese remota –, é de se observar que **a condenação do Recorrente se refere a apenas 03 (três) atos de corrupção, o que desautoriza o aumento indiscriminado da fração do art. 71 do CP.**

Em verdade, o magistrado sentenciante aplicou uma fração mais gravosa (1/3) do que seria realmente adequado ao caso, em razão da quantidade de delitos supostamente praticados. Sobre o assunto, confira-se a doutrina de Alberto Silva Franco e Rui Stoco:

O número de infrações constitui, sem dúvida, o critério fundamental para efeito de determinação do aumento punitivo. Assim, **em princípio, a existência de duas infrações, em continuidade delitiva, significa o menor aumento, ou seja, o de um sexto; a de três, o de um quinto; a de quatro, o de um quarto; a de cinco, o de um terço; a de seis, o de metade; a de sete ou mais, o de dois terços, que corresponde ao máximo cominável para a causa de aumento de pena em questão.** Embora este critério de caráter eminentemente objetivo sirva, em regra, como parâmetro judicial, nada impede que se leve também em consideração circunstâncias outras que estejam vinculadas com a própria realização de fatos criminosos em série continuada.⁴⁴

Assim, acaso a sentença não seja reformada para afastar a incidência do art. 71 do CP, impõe-se a sua reforma em relação ao *quantum* de aumento de pena referente à continuidade delitiva, no sentido de diminuir a fração aplicada para 1/5, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da proporcionalidade e individualização das penas e ao art. 71 do CP.

(II) Quanto aos crimes de lavagem de dinheiro, o Juízo de piso entendeu pela ocorrência de 11 (onze) condutas (e. 1051):

462. Com efeito, caracterizadas condutas de ocultação e dissimulação pela simulação da prestação de serviços das empresas Empreiteira Rigidez e GDF

⁴⁴ FRANCO, Alberto Silva Franco. STOCO, Rui. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial - Vol. 1 - Parte Geral, Ed. RT, 7ª edição, 2001, fls. 1319/1320.

Investimentos para a Mendes Júnior e o Consórcio CMMS, tudo isso no âmbito das obras contratadas pela Petrobrás. **Os crimes de lavagem ocorreram em cerca de onze operações, considerando o número de depósitos encobertos por contratos e notas fiscais fraudulentas.**

463. Todas essas fraudes e simulações visavam ocultar e dissimular a origem e natureza criminosas dos valores envolvidos e ainda o repasse deles aos destinatários finais.

Para a sentença condenatória, cada um dos depósitos realizados pela Mendes Júnior em favor das empresas Empreiteira Rigidez e GFD Investimentos, encobertos por contratos e notas fiscais fraudulentas, configurou um crime de lavagem de dinheiro.

Concessa vênia, a referida interpretação também não merece prosperar.

Como é cediço na jurisprudência do STF (AP 470 – Caso Mensalão), o delito de lavagem versa sobre a existência de um processo de fases:

1) DIREITO PENAL. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. CONFIGURAÇÃO DO DELITO E PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A CONDENAÇÃO DO EMBARGANTE. 2) A LAVAGEM DE DINHEIRO É ENTENDIDA COMO A PRÁTICA DE CONVERSÃO DOS PROVEITOS DO DELITO EM BENS QUE NÃO PODEM SER RASTREADOS PELA SUA ORIGEM CRIMINOSA. 3) A DISSIMULAÇÃO OU OCULTAÇÃO DA NATUREZA, ORIGEM, LOCALIZAÇÃO, DISPOSIÇÃO, MOVIMENTAÇÃO OU PROPRIEDADE DOS PROVEITOS CRIMINOSOS DESAFIA CENSURA PENAL AUTÔNOMA, PARA ALÉM DAQUELA INCIDENTE SOBRE O DELITO ANTEREDENTE. 4) O DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO, CONSOANTE ASSENTE NA DOUTRINA NORTE-AMERICANA (MONEY LAUNDERING), **CARACTERIZA-SE EM TRÊS FASES, A SABER: A PRIMEIRA É A DA “COLOCAÇÃO” (PLACEMENT) DOS RECURSOS DERIVADOS DE UMA ATIVIDADE ILEGAL EM UM MECANISMO DE DISSIMULAÇÃO DA SUA ORIGEM, QUE PODE SER REALIZADO POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, CASAS DE CÂMBIO, LEILÕES DE OBRAS DE ARTE, DENTRE OUTROS NEGÓCIOS APARENTEMENTE LÍCITOS. APÓS, INICIA-SE A SEGUNDA FASE, DE “ENCOBRIMENTO”, “CIRCULAÇÃO” OU “TRANSFORMAÇÃO” (LAYERING), CUJO OBJETIVO É TORNAR MAIS DIFÍCIL A DETECÇÃO DA MANOBRA DISSIMULADORA E O DESCOBRIMENTO DA LAVAGEM. POR FIM, DÁ-SE A “INTEGRAÇÃO” (INTEGRATION) DOS RECURSOS A UMA ECONOMIA ONDE PAREÇAM LEGÍTIMOS. (...)** (STF - AP: 470 MG, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/03/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 30-04-2014 PUBLIC 02-05-2014)

Do exposto, resta claro que não há lavagem de ativos na execução de um único ato de ocultação ou dissimulação, ainda mais quando dissociado de toda a integralidade dos fatos que apontam para a existência de um processo. Ocultado o bem, faz-se indispensável a ocorrência da reintegração do próprio bem ou valor ao sistema econômico, utilizando-se, para tanto, de uma dissimulação ou fraude.

Segundo as lições de Badaró e Bottini⁴⁵, como o tipo penal de lavagem de capitais é de “*ação múltipla, com núcleos disjuntivos, de forma que a realização de qualquer das condutas concretiza a consumação*”, **é inadmissível a continuidade delitiva nos crimes de lavagem de ativos:**

As ocultações e dissimulações sequenciais, sobre o mesmo objeto – ou sobre aqueles resultantes de sua transformação ou substituição **caracterizam o mesmo processo de lavagem de dinheiro**. Nesses casos, os atos posteriores absorvem os primeiros, que se tornam meros antefatos impuníveis, pois deixam sua autonomia para se tornarem ‘meio ou momento de preparação do processo unitário, embora complexo, do fato principal, ação de passagem, apenas para a realização final’. Não há, nessas hipóteses, continuidade delitiva ou pluralidade de delitos, mas sim um único ato de lavagem de dinheiro, renovado em sua materialidade típica a cada nova conduta.

Com efeito, a consideração das supostas condutas de lavagem de ativos de forma isolada de todo o contexto fático em que estão inseridas importa na ocorrência de *bis in idem*, e ofende ao princípio da valoração integral dos fatos (*nulla accusatio sine probatione*).

O Juízo *a quo* entendeu que os fatos deveriam ser considerados isoladamente como crimes autônomos, embora envolvessem os mesmos recursos de contratos com a Petrobrás obtidos pela empreiteira, sendo esta a razão da incidência do instituto da continuidade delitiva ao delito em questão.

Ocorre que, quando da análise da condenação de Waldomiro de Oliveira em razão da suposta lavagem de dinheiro entre a Empreiteira Rigidez e a Mendes Júnior, **o magistrado de primeiro grau expressamente admite que “esses fatos fazem parte de um mesmo ciclo de lavagem”**, apesar da diferenciação entre os contratos, notas, agentes, locais e datas (e. 1051, item 489).

⁴⁵ GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ e PIERPAOLO CRUZ BOTTINI. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012. – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 65/66.

Ora, não se pode confundir a suposta prática de múltiplos crimes com a prática de um único crime com pluralidade de atos. Como a lavagem de dinheiro é um delito que exige, para sua concretização, a realização de três etapas (colocação, encobrimento e integração), é óbvio que sua prática envolverá uma pluralidade de atos.

Isto não significa afirmar, contudo, que haverá uma pluralidade de crimes – como foi equivocadamente interpretado pelo Juízo *a quo* –, visto que o presente caso se refere a um crime único. **Como reconhecido pelo próprio magistrado sentenciante, os fatos aqui considerados – quais sejam, os depósitos realizados pela Mendes Júnior em favor das empresas de Alberto Youssef – fazem parte de um mesmo ciclo de lavagem.**

Por esta razão, tais atos devem ser enxergados como um crime único, o que impõe o afastamento do art. 71 do CP da dosimetria do Apelante, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da valoração integral dos fatos (*nulla accusatio sine probatione*), proporcionalidade e individualização das penas, e do próprio tipo de lavagem de capitais (art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98) e do instituto da continuidade delitiva (art. 71 do CP), desde já prequestionados.

Ainda que este não seja o entendimento desta Corte – o que se admite por hipótese remota –, é de se observar que, no momento da dosimetria da pena, o magistrado *a quo* entende pela equivocada incidência da fração máxima de 2/3, relativa à continuidade delitiva, “*considerando a quantidade de crimes, onze pelo menos*”, em flagrante violação dos princípios constitucionais da valoração integral dos fatos (*nulla accusatio sine probatione*), da proporcionalidade e individualização das penas, desde já prequestionados.

Isso porque, ainda que se venha a ratificar a manutenção da incidência da continuidade delitiva em relação ao delito de lavagem de dinheiro, **não se pode atribuir ao acusado a fração de aumento superior ao mínimo legal (1/6)**, haja vista a diminuta culpabilidade que a ele recai.

É de se consignar, por fim, que pelo menos 04 (quatro) atos de pagamento não restaram comprovados ou vinculados ao Recorrente, já que ele não assinou o contrato da Mendes Júnior com a Empreiteira Rigidez, desconhecia os pagamentos ali efetuados e não recebeu, em momento algum, cópia do contrato (vide argumentos expostos no item 9.1 desta defesa). Tal situação, *de per si*, já impõe a redução da fração aplicada à continuidade delitiva.

12.8. DA INAPLICABILIDADE DO §4º DO ART. 33 DO CP. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INOCORRÊNCIA DE SUPERFATURAMENTO.

Ao final da dosimetria da pena, o magistrado *a quo* reputou definitiva a pena de 17 (dezessete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, fixando o regime inicial de cumprimento fechado. Acrescentou, ainda, que a progressão de regime para o crime de corrupção ficaria condicionada à reparação do dano, nos termos do §4º do art. 33 do CP.

Contudo, tal limite ao instituto da progressão não deve subsistir, sob pena de ofensa ao art. 33, §4º, do CP.

Conforme a lição de Cezar Roberto Bitencourt, “tratando-se de corrupção ativa, para efeitos de reabilitação, não é exigível a obrigação de reparar o dano, pois tal ônus incumbe diretamente ao funcionário corrupto causador do prejuízo à Administração, e não ao agente corruptor”⁴⁶.

Como nenhum dos delitos imputados ao Apelante provocou lesão ao patrimônio público, apenas aqueles condenados pelo crime de corrupção passiva é que podem ter contra si a previsão do art. 33, §4º, do CP.

Ademais, reitere-se a inexistência de provas da ocorrência de superfaturamento, que poderia atestar eventual prejuízo à Administração Pública. Se o próprio Juízo reconheceu a inexistência de superfaturamento e julgou irrelevante a produção probatória quanto a este fato (ofensa ao art. 5º, LV, da CF), não há como, agora, responsabilizar o réu por um suposto prejuízo sobre o qual inexistem elementos comprobatórios mínimos (violação do princípio constitucional da *nulla accusatio sine probatione*).

Ainda que não se admita tal argumentação, veja-se que a norma do art. 33, §4º, do CP viola a principal finalidade da pena, qual seja, a ressocialização. Neste sentido, veja-se o seguinte julgado desta e. Turma:

PENAL. PROCESSO PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. LAVAGEM DE DINHEIRO. PREVARICAÇÃO. COMPETÊNCIA. CONEXÃO TELEOLÓGICA. DOSIMETRIA DAS PENAS. PROGRESSÃO DE REGIME. REPARAÇÃO DO DANO. CONDIÇÃO INAPLICÁVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA IMPOSTA A ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS.

⁴⁶ Tratado de Direito Penal. Vol. 5

IMPOSSIBILIDADE. (...) 5. Não obstante a determinação do artigo 33, § 4º, do CP, descabe condicionar o direito do apenado à progressão de regime à reparação do dano, porquanto, segundo Guilherme Souza Nucci (Código Penal Comentado. São Paulo: RT, 2006, p. 306), não se deve atentar contra a finalidade precípua da pena, que é a reeducação e ressocialização, algo que não tem relação necessariamente com a reparação do dano. 6. (...) (TRF-4 - ACR: 22274 PR 2005.70.00.022274-4, Relator: PAULO AFONSO BRUM VAZ, Data de Julgamento: 19/11/2008, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 26/11/2008)

Depreende-se, assim, que condicionar a progressão de regime do condenado a questões que não se relacionam ao crime praticado em comento representa flagrante **violação ao princípio da individualização da pena**, na exata medida em que permite que o indivíduo seja submetido a um período maior de reclusão por questões patrimoniais, alheias à reprovação da conduta.

Observe-se que esse dispositivo representa, em verdade, afronta não só ao princípio constitucional que veda a prisão por dívidas (art. 5º, LXVII, da CF), como também o art. 7, item 7, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Derecto nº 678/92):

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

(...) 7. **Ninguém deve ser detido por dívidas.** Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Assim, mostra imperiosa a necessidade de afastamento da previsão do §4º do art. 33 do CP ao presente caso, diante da inexistência de prejuízo patrimonial imputável ao delito em comento. Ademais, a própria previsão do dispositivo legal em debate representa afronta aos princípios constitucionais da individualização da pena e da vedação da prisão civil por dívida, **motivo pelo qual deve esta Corte autorizar a progressão de regime do Apelante independentemente de reparação de danos.**

13. DA FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DO DANO. VIOLAÇÃO AO ART. 387, IV, DO CPP. AUSÊNCIA DE DANO COMPROVADO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA *NULLA ACCUSATIO SINE PROBATIONE*. VIOLAÇÃO DO ART. 1º DO CP E DO ART. 5º, XXXIX, DA CF. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS.

O Juízo *a quo* fixou na sentença (e. 1051) o valor de **R\$ 31.472.238,00** a título de indenização dos danos decorrentes dos crimes, a serem pagos à Petrobrás, e que seria correspondente, segundo o magistrado, ao montante supostamente pago em propina à Diretoria de Abastecimento da Petrolífera.

Contudo, a fixação de referido valor a título de indenização dos danos decorrentes do crime mostra-se equivocada.

Conforme exposto exaustivamente, embora o suposto contexto da prática desses delitos - no dizer ministerial - envolva altas somas de dinheiro, **nenhum deles representa prejuízo à Petrobrás, ainda que indiretamente.**

Como facilmente se extrai da denúncia (e. 1), não há imputação aos denunciados do delito de superfaturamento nos contratos da empreiteira Mendes Júnior com a Petrobrás, nem mesmo do alardeado cartel. **Não se comprovou, pois, que a Petrobrás dispendeu qualquer valor maior do que o efetivamente justo e devido à consecução das obras.**

Como demonstrado no curso da instrução com a oitiva das testemunhas de acusação, os contratos eram firmados com as empreiteiras tendo por norte financeiro os valores já calculados pela Petrobrás (e guardados a sete chaves) e reputados devidos. Assim, acaso a empresa vencedora da licitação apresentasse valores que superarem a expectativa anteriormente calculada pela Petrobrás, a empresa era chamada para reduzir o montante e, não se chegando a um acordo, era realizado o *'rebid'*, com nova convocação de licitação. Posteriormente, para se firmar um aditivo contratual, demonstrava-se sua necessidade e discutiam-se os valores a serem pagos perante vários setores da Petrobrás, os quais buscavam reduzir custos e preços.

Nesse aspecto, os supostos valores indevidos teriam saído do caixa das construtoras para funcionários da estatal, e não o inverso, o que afasta a existência de prejuízo à Petrobrás.

Ademais, o *quantum* total acima indicado (na monta de aproximadamente 31 milhões) corresponde, na verdade, a cálculo elaborado sob a presunção do magistrado sentenciante, visto que o próprio admite não haver provas do pagamento desse montante:

405. Considerando o declarado pelos próprios acusados colaboradores, a propina foi de 1% do valor dos contratos e aditivos celebrados enquanto Paulo Roberto Costa permaneceu no cargo de Diretor de Abastecimento (até abril de 2012).

(...)

411. **O total de propina pago para as cinco obras pela Mendes Júnior à Diretoria de Abastecimento da Petrobrás, comandada por Paulo Roberto Costa, foi, portanto, de cerca de R\$ 31.472.238,00.**

412. Houve cinco crimes de corrupção, um acerto por contrato obtido pela Mendes Júnior junto à Petrobrás, mediante pagamento de propina.

413. **Do valor, foi possível rastrear documentalmente, nestes autos, repasses pela Mendes Júnior e pelo Consórcio CMMS de R\$ 8.028.000,00, com produção de contratos e notas fiscais falsas e transferências para as contas da Empreiteira Rigidez e a GDF Investimentos, empresas controladas por Alberto Youssef.**

Houve, pois, flagrante ofensa ao princípio constitucional da *nulla accusatio sine probatione*, na medida em que se impôs uma condenação, ainda que pecuniária, sem a devida comprovação dos danos.

Perceba-se que, com base exclusivamente nos depoimentos dos colaboradores, o Juízo de piso realizou um cálculo do suposto valor pago a título de propina em cada contrato celebrado, somando-se o percentual de 1% sobre cada contrato firmado. Contudo, o próprio Juízo *a quo* reconhece que apenas o valor de R\$ 8.028.000,00 encontrou prova documental nos autos.

Não obstante, deve-se considerar os seguintes argumentos:

- (I) Se não se imputou, tampouco comprovou o superfaturamento em obras, não há se falar em dano para a Petrobrás;
- (II) Os responsáveis pelo ressarcimento de eventuais danos, obviamente, são aqueles que auferiram vantagens patrimoniais ilícitas, ou seja, os funcionários públicos;
- (III) De qualquer valor arbitrado para cálculo de indenização, devem ser subtraídos os valores milionários já devolvidos pelos ex-funcionários da Petrobrás Paulo Roberto Costa, Pedro Barusco e Renato Duque, através dos acordos de delação premiada, bem como de Alberto Youssef;
- (IV) Das ações penais vinculadas ao mesmo magistrado, em conexão, se observa a prática indevida de cobrança do percentual de 1% sobre cada contrato assinado com relação à cada empresa consorciada. Tal medida importa, obviamente, na dupla ou tripla cobrança do mesmo valor, calculado em 1% do valor total do contrato assinado pelo Consórcio. Assim, na ação penal em que responde uma empreiteira que tenha atuado em Consórcio na mesma obra da Refinaria, está-se somando e considerando, de forma dupla ou tripla (repetição em cada

ação penal, para cada empreiteira), o mesmo percentual. Aliás, tal medida só demonstra mais um prejuízo que os réus estão suportando em razão da indevida cisão dos feitos, conforme já explanado no tópico 07 desta defesa.

Diante da impossibilidade de fixação de valor mínimo a título de indenização, deve o Juízo criminal abster-se de arbitrar um valor, cabendo tal discussão à esfera cível. Essa solução, como é cediço, foi adotada no julgamento da Ação Penal 470 (caso Mensalão) do Supremo Tribunal Federal e nos seguintes precedentes:

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO - CASSAÇÃO DO JULGAMENTO - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS - NÃO OCORRÊNCIA - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA-BASE - ATECNIA DO JUÍZO PRIMEVO QUANDO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - REESTRUTURAÇÃO NECESSÁRIA - FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA INDENIZAÇÃO DA FAMÍLIA DA VÍTIMA - DANOS INDETERMINADOS - IMPOSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO NA ESFERA PENAL - DECOTE NECESSÁRIO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...) - **Para o arbitramento de valor mínimo para indenização da família da vítima na esfera penal é necessário que o valor do dano seja facilmente identificado e extraído das provas dos autos, sejam elas documentais ou orais, caso contrário, a apuração dos valores deverá ser relegada à esfera cível.** (...) (TJ-MG - APR: 10702031110779002 MG, Relator: Alberto Deodato Neto, Data de Julgamento: 03/12/2013, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 07/01/2014) – grifos nossos.

APELAÇÃO CRIME. LESÕES CORPORAIS LEVES. ART. 129, CAPUT, DO CP. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES DE NULIDADE AFASTADAS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. TESE DE FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INEQUÍVOCA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA VÍTIMA. OFERECIMENTO DE NOTÍCIA CRIMINIS PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. VALIDADE COMO EXERCÍCIO DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE RIGORES FORMAIS. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. COMPARECIMENTO DO ACUSADO E DE SEU DEFENSOR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRESCRIÇÃO. RECURSO MINISTERIAL. AUMENTO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO CÍVEL. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A QUANTIFICAÇÃO. APELO IMPROVIDO. NÃO OCORRÊNCIA. DE OFÍCIO PENA READEQUADA.

(...) 4. **A fixação, na esfera criminal, de valor mínimo para a reparação dos danos sofridos pela vítima, viabilizada pelo art. 387, IV, redação conferida pela Lei nº 11.719/08, publicada em 23.06.2008 com vigência a partir de 22.08.2008, com o trânsito em julgado do decisum, constitui-se em título**

que pode ser de pronto executado, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido – art. 63, parágrafo único. Norma com evidente natureza substantiva, importando em verdadeira sanção a ser imediatamente executada pela vítima, mas que não seria plenamente aplicável, na espécie, porquanto não vigorava quando cometido o crime – 28/03/2008. Além do que não demonstrado prejuízo concreto, havendo mera presunção, inviável a fixação do valor mínimo de indenização. Danos morais que não podem integrar a verba reparatória, por serem discutíveis. (...) (TJ-BA - APL: 00001052620088050181 BA 0000105-26.2008.8.05.0181, Relator: Mário Alberto Simões Hirs, Data de Julgamento: 20/09/2011, Primeira Câmara Criminal - Primeira Turma, Data de Publicação: 17/11/2012)

Por fim, não se olvide de que o Ministério Público Federal já vem pleiteando valores financeiros através de Ação de Improbidade Administrativa intentada contra a empresa Mendes Júnior e, na Ação Cautelar de Indisponibilidade de Bens nº. 5020163-88.2015.4.04.7000 já foi oferecido crédito incontroverso no valor atualizado de 150.272.961,32. Tal valor já supera o discutido nestes autos. Nesse sentido, o arbitramento de outros valores a título de indenização, nesta ação penal, considera-se enriquecimento ilícito.

Por fim, deve-se consignar que a possibilidade de fixação na sentença de quantia mínima de reparação foi introduzida na legislação processual penal através da Lei nº. 11.719/2008. Neste sentido, **em se tratando de alteração legislativa que disciplina norma de direito material** – efeitos da sentença e reparação de dano – que acarreta situação mais gravosa ao acusado, **não poderia ter sido considerada nos fatos anteriores a 2008, como é o caso dos contratos da REPAR, REPLAN e REGAP.**

Assim, como a sentença reconheceu expressamente os contratos nas obras da REPLAN, REPAR e REGAP foram celebrados antes da entrada em vigor (em agosto de 2008) da Lei 11.719/2008 (item 638, e. 1051), não poderá sobre tais fatos incidir a disciplina do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, sob pena de violação não só do art. 1º do CP e do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, mas também dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização das penas, desde já prequestionados.

A alegação do magistrado de que o referido dispositivo possui índole meramente processual (item 638, e. 1051), viola o art. 1º do CP e do art. 5º, XXXIX, da CF. Neste sentido, a pacífica jurisprudência pátria: STJ: RESP 1290263, DJE 09/10/2012; TRF5: ACR 13134, DJE 08/01/2016; TRF5: ACR 10679, DJE 02/07/2015; TRF3: ACR

48413, e-DJF3 20/05/2015; TRF1: 00083858420114014300, e-DJF1 20/05/2015.

Por fim, não se há de esquecer que o Recorrente se tratava, como se comprovou, de mero funcionário celetista da empresa, cuja atuação pontual não implicou em vantagem patrimonial própria e se deu nos limites da determinação de seus superiores. Por esse argumento, também, ainda que se admitisse a plausibilidade de fixação de um *quantum* indenizatório, esse não lhe seria cabível – mas sim à empresa Mendes Júnior.

14. DOS PEDIDOS.

Face ao exposto, requer que se digne V. Ex.^a, e não menos ínclitos pares, **preliminarmente**, em:

14.1. Reconhecer (I) a incompetência absoluta em razão da hierarquia, para declarar a nulidade de todos os atos praticados pelo Juízo *a quo* e remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal, nos termos dos arts. 564 e 567 do Código de Processo Penal. Ou, se assim não entender, seja reconhecida **(II) a incompetência relativa em razão do território**, com o envio imediato dos autos ao Juízo territorial competente.

14.2. Declarar a nulidade da decisão de recebimento da denúncia, bem como de todos os atos a ela posteriores, em face do efetivo prejuízo ocasionado pelo cerceamento de defesa com a indevida inversão das fases processuais, sob pena de ofensa aos art. 396, 396-A, 397 e 399, todos do CPP.

14.3. Reconhecer o cerceamento de defesa, dada a negativa de acesso à mídia audiovisual dos elementos de prova já produzidos e documentados em desfavor dos acusados nos depoimentos prestados em sede de colaboração premiada de Alberto Youssef, Paulo Roberto Costa, Júlio Gerin Camargo e Augusto Ribeiro Mendonça, **a impor a reabertura da fase do art. 402 do CPP**, (I) possibilitando à defesa a juntada aos autos da integralidade dos áudios e vídeos das delações de Youssef e Paulo Roberto Costa (obtidas perante o Supremo Tribunal Federal em junho de 2015, após o encerramento da instrução deste feito), de forma a possibilitar o acesso dos mesmos vídeos a todos os denunciados e (II) abrindo-se a oportunidade de formulação de requerimento sobre a completude da mídia audiovisual de todos os delatores (determinação da juntada da mídia de Júlio Gerin e Augusto Mendonça somente após o fim da fase de diligências).

14.4. Reconhecer a ilicitude da prova do interrogatório do réu colaborador Alberto Youssef nos autos nº 5026212-52.2014.4.04.7000, para determinar o seu desentranhamento destes autos, diante da violação do art. 4º, §§ 6º e 7º, da Lei 12.850/2013, com fundamento no art. 157 do CPP e art. 5º, LVI, da CF, considerando, por conseguinte, a nulidade do feito por denúncia baseada em prova ilícita.

14.5. Reconhecer a violação dos arts. 76, I e III, e 80, ambos do CPP, e do art. 5º, LIV e LV, da CF, diante:

- (I) Do cerceamento de defesa em face da manifesta inépcia da denúncia quanto às imputações relativas aos crimes de organização criminosa (ou quadrilha) e de corrupção ativa e passiva, que causou prejuízo efetivo causado ao apelante (negativa do exercício do contraditório sobre a amplitude da prova produzida em todas as outras ações penais cuja acusação é a mesma do presente feito);
- (II) Da inaplicabilidade da faculdade do art. 80 do CPP ao presente caso, posto que expressamente reconhecida na denúncia a existência de conexão (prejudicial) subjetiva e probatória entre todos os feitos, **impondo-se a declaração de nulidade da presente ação penal desde o recebimento da denúncia.**

Acaso restem superadas as preliminares aventadas, o que se admite apenas por aumentar, requer se digne V. Ex.^a, no mérito, em:

14.6. Absolver o Apelante da condenação do crime previsto no art. 1º da Lei 9.613/98, seja porque:

- (I) O fato não constitui infração penal, com fundamento no art. 386, III, do CPP, em face da ausência dos requisitos do crime de lavagem de dinheiro ou da impossibilidade de utilização dos crimes de cartel e de fraude a licitações como antecedentes;
- (II) O princípio da consunção (tendo os supostos atos de lavagem como exaurimento - *post factum* impunível - do crime de corrupção ativa) impede a dupla imputação, sob pena de ofender o princípio *ne bis in idem*;

- (III) Subsidiariamente, acaso não se entenda pela absolvição do Apelante – o que se admite apenas por hipótese –, requer o redimensionamento da condenação, para subsistir apenas **uma** conduta de lavagem de capitais, em face das considerações equivocadas sob o processo de dissimulação de capitais e demais argumentos elencados;

14.7. Absolver o Recorrente da condenação pelo delito tipificado no art. 333 do Código Penal (corrupção ativa), em virtude:

- (I) Da atipicidade do crime em comento diante dos fatos apresentados, com fundamento no art. 386, III, do CPP, seja por ausência dos elementos objetivos (inserida a conduta na figura de agente passivo do crime de concussão), seja pela ausência de dolo (considerando a percepção do Recorrente sobre os fatos a partir de sua admissão como Diretor, em abril/2011, a ausência de qualquer negociação entre ele e Paulo Roberto Costa e ausência de participação nas reuniões do suposto Cartel).
- (II) Da ausência de comprovação da autoria ou participação do Apelante em qualquer acordo ou negociação de propina com relação aos contratos TABR, REPLAN (porque anteriores a abril de 2011) e COMPERJ (por ausência de provas de ter havido acordo sobre essa obra), com fundamento no art. 386, V, do CPP;
- (III) Da ausência de dolo ou de culpabilidade do Requerente, em razão da cabal inexistência de domínio do fato, com fundamento no art. 386, III, do CPP;
- (IV) Subsidiariamente, acaso não se entenda pela absolvição do Apelante – o que se admite apenas por hipótese –, requer o redimensionamento da condenação, para subsistir apenas **uma** conduta de corrupção ativa, em face das considerações equivocadas na quantificação dos fatos e provas apresentadas com relação ao Recorrente.

14.8. Absolver o Apelante da condenação pelo crime previsto no art. 288 do Código Penal, em razão de:

- (I) Não existir provas de vínculo subjetivo entre o Recorrente e os corréus para a prática de crimes, nem de atos do Apelante que

se comunicassem com a suposta organização, com fundamento no art. 386, V, do CPP;

- (II) Inexistir o dolo de se associar para fins de cometer crimes indeterminados, com fundamento no art. 386, III, do CPP;
- (III) Ser impossível a condenação do Apelante pelo delito de quadrilha, conforme a redação original do art. 288 do CP que exigia a reunião de mais de três pessoas – anterior à alteração da Lei 12.850/2013 –, posto que o Recorrente somente teve contato com duas pessoas da suposta organização, configurando-se os fatos como manifestamente atípicos, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Acaso não se considere a absolvição do Apelante, o que se admite apenas por aumentar, requer se digne V. Ex.^a, no tocante à dosimetria da pena, em:

14.9. Reduzir a pena-base – das sanções restritivas de liberdade e de multa – aplicada aos delitos de lavagem de capitais e de corrupção ativa, sob pena de violação dos arts. 93, IX, da CF, 156 do CPP, 59, 333, ambos do CP, 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, e de ofensa aos princípios constitucionais da *nulla accusatio sine probatione*, da proporcionalidade e da individualização das penas:

- (I) Para o mínimo legal, em razão das condições favoráveis do art. 59 do CP; ou, se assim não entender,
- (II) Para afastar o *bis in idem* entre as circunstâncias do crime e as consequências do delito; e
- (III) Para reconhecer a ausência de proporcionalidade no exacerbado aumento da pena-base pelo reconhecimento de apenas duas circunstâncias judiciais negativas, reduzindo-a em seguida.

14.10. Afastar a incidência da agravante do art. 61, II, *b*, do CP na dosimetria da pena do crime de lavagem de capitais, posto que o cometimento do delito de dissimulação de capitais não pode ser considerado “*para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem*”, uma vez que o efetivo pagamento no crime de corrupção ativa é mero exaurimento do tipo e *post factum* impunível, sob pena de violação do art. 61, II, *b*, e 333, ambos

do CP, art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, e de ofensa aos princípios constitucionais do *ne bis in idem*, da proporcionalidade e da individualização das penas.

14.11. Reconhecer a aplicação da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP) na dosimetria das penas dos crimes de corrupção e lavagem de capitais, ante a colaboração do Apelante – utilizada como fundamentação para a condenação –, sob pena de ofensa à Súmula 545 do STJ e ao art. 65, III, *d*, do CP, e violação dos aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização das penas.

14.12. Acaso seja mantida a incidência da agravante do art. 61, II, *b*, do CP, o que se admite apenas por argumentar, **requer seja aplicado o concurso entre tal agravante e a atenuante da confissão espontânea, anulando-se o aumento de pena na segunda fase da dosimetria da pena do delito de lavagem de capitais**,

14.13. Afastar a incidência da causa de aumento prevista no parágrafo único do art. 333 do CP, diante da violação do art. 93, IX, da CF e da ofensa aos princípio constitucionais da *nulla accusatio sine probatione*, da proporcionalidade e da individualização das penas, posto que a sentença admitiu expressamente que “*não há prova de que Paulo Costa tenha, porém, praticado ato de ofício para favorecer a Mendes Júnior consistente em inflar preços de contratos ou de aditivos ou permitir que fossem superfaturados*”, bem como porque este funcionário público não realizou acordo algum com o ora Recorrente.

14.14. Aplicar a causa de diminuição prevista no art. 29, §1º, do CP, diante do reconhecimento da participação de menor importância do Apelante nos fatos apurados.

14.15. Afastar a continuidade delitiva na terceira fase da dosimetria da pena dos crimes de corrupção ativa e lavagem de capitais, posto que houve crime único, sob pena de ofensa do art. 71 do CP.

14.16. Reduzir o aumento aplicado pela incidência do art. 71 do CP na terceira fase da dosimetria da pena dos crimes de corrupção ativa e dissimulação de ativos, em face da equivocada exacerbação na fixação da fração, sob pena de ofensa ao art. 71 do CP e aos princípios constitucionais da *nulla accusatio sine probatione*, proporcionalidade e da individualização das penas, acaso não seja reconhecida a hipótese de crime único.

14.17. Afastar a aplicação do §4º do art. 33 do CP, diante da ausência de comprovação de prejuízo e de superfaturamento, sob pena de violação dos princípios constitucionais da *nulla accusatio sine probatione*, proporcionalidade, da individualização das penas, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

14.18. Afastar a condenação de valor mínimo para reparação do dano, diante da ausência de dano comprovado, da impossibilidade da realização desse cálculo e da irretroatividade da norma em desfavor do réu, sob pena de violação do art. 387, IV, do CPP, do art. 1º do CP e do art. 5º, XXXIX, da CF, bem como de ofensa ao princípio constitucional da *nulla accusatio sine probatione*, da proporcionalidade e da individualização das penas.

De Recife para Porto Alegre, em 19 de abril de 2016.

ADEMAR RIGUEIRA NETO
OAB/PE 11.308

MARIA CAROLINA AMORIM
OAB/PE 21.120

CARIEL BEZERRA PATRIOTA
OAB/PE 37.947

EDUARDO LEMOS
OAB/PE 37.001

LÍGIA CIRENO TEOBALDO
OAB/PE 31.442

AMANDA DE BRITO FONSECA
OAB/PE 33.974