

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

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

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

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

P. Deferimento,
Brasília, 02 de maio de 2013.

MARTHIUS SÁVIO CAVALCANTE LOBATO
OAB/DF 1681-A
OAB/SP 122.733

EMINENTE MINISTRO RELATOR!

EMINENTE MINISTRO REVISOR!

EMINENTES MINISTROS

I. Com o devido respeito, há omissão, contradição, ambiguidade e obscuridade no v. acórdão.

**I – DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 77 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
DA VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO SENTIDO
PROCEDIMENTAL E SUBSTANCIAL
DA NULIDADE DA AÇÃO PENAL Nº 470 E CONSEQUENTE
DESMEMBRAMENTO**

I. Como é de conhecimento desta Corte e constante nos autos, o ora embargante interpôs petição, no mês de novembro de 2012, ao tomar conhecimento da existência de procedimentos constantes nos processos nos **19590-60.2012.4.01.3400** e **2006.34.00.030508-5**, em trâmite na 12 Vara Federal de Brasília, somente com a publicação da matéria da Folha de São Paulo, 31 de outubro de 2012, em matéria assinada por Flávio Ferreira e Matheus Leitão, pg. A4, sob o título “**MENSALÃO LEVA À QUEBRA DO SIGILO DE EX-EXECUTIVOS DO BB**”². A referida matéria publicizou, o que está sob sigilo: a existência de investigação que “**apura se o desvio de verbas no mensalão teve atuação de outros gerentes além do ex-diretor de Marketing do Banco Henrique Pizzolato**, condenado pelo Supremo Tribunal Federal”. A matéria informa ainda que esta “investigação começou em 2006, depois que o Procurador Geral da República

apresentou a denúncia do mensalão contra 40 acusados, entre eles Pizzolato”. Conforme **informa a matéria, a investigação decorre do mesmo fato**, logo, mesmo objeto da presente ação, qual seja, **a alegação de desvio do Fundo Visanet**.

2. O Eminentíssimo Ministro Relator indeferiu o pedido sob o fundamento de que afirmou em sua decisão que o inquérito questionado não se trata do mesmo objeto, como afirmado pela defesa, “mas sim de fato que resultou do desmembramento do antigo Inq. 2245, atual AP 470” (fls. 4). Interposto agravo regimental ao mesmo fora negado provimento com o mesmo fundamento, qual seja: que o inquérito não se trata do mesmo objeto da presente ação, e, portanto, o pedido deveria ser dirigido diretamente àquele juízo.

3. Efetuado o pedido de vista em 04 de fevereiro de 2013, somente na segunda-feira, dia 29 de abril de 2013, fora devido a vista em cartório e a extração de cópias.

3.1. Analisando o referido inquérito, constatou-se que se trata, de fato, do mesmo objeto do presente feito, apontando a coautoria dos mesmos crimes a que o embargante fora condenado.

4. Consta no Inquérito que em 24/08/2006 foi instaurado o Inquérito Policial n 04.555/2006 por intermédio da portaria em anexo cujo teor se transcreve:

“RESOLVE:

I – INSTAURAR Inquérito Policial, visando **apurar os fatos**, suas circunstâncias e responsabilidade, uma vez que a **documentação noticia que o Banco do Brasil transferiu recursos financeiros à empresa DNA Propaganda Ltda. como pagamento de serviços que não foram efetivamente prestados, o que configura, em tese, os crimes previstos nos arts. 297, 299, 312, 317 e 333 todos do Código Penal, e arts. 90 e 92 da Lei 8.666/93.** (o realce é meu)

O referido inquérito é um desmembramento das investigações no âmbito da Ação Penal 470/STF. Por uma “estratégia processual” **o Ministério Público Federal desmembrou as investigações** em razão de tratar-se de envolvidos que **não detinham foro privilegiado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.**

A participação dos representantes do Banco do Brasil junto ao Fundo VISANET, **assim como a possível relação dos mesmos** com os diversos investigados e **denunciados na Ação Penal 470-STF** serão conduzidas nesta investigação “paralela” no IPL 04.555/2006.

O juízo da 12ª Vara do Distrito Federal em 17/11/2011 **deferiu o pedido ministerial de prova emprestadas dos autos da Ação Penal 470,** “em virtude da **conexão probatória inafastável entre o presente apuratório** e a ação criminal em curso perante o STF, da qual estes autos foram desmembrados”

Ocorre que o objeto de investigação do IPL 04.555/2006 É O MESMO objeto do Inq. 2245, atual AP 470.

No relatório de abertura do referido inquérito o nobre membro do Ministério Público Federal esclarece a peça acusatória **não envolve pessoas com prerrogativa de foro,** contudo, **AS CONDUTAS DELITUOSAS TIPIFICADAS NA AP 470, NÃO SERIAM PRATICADAS SEM A PARTICIPAÇÃO DE OUTROS DIRETORES DO BANCO DO BRASIL,** além de **Henrique Pizzolato,** vejamos:

“1. As presentes peças de informação, **encaminhadas pelo Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa,** ante o deferimento do requerido pelo I. Procurador Geral da República nos autos do Inquérito nº 2245/2006, tratam de investigações

complementares a crimes já denunciados naqueles autos, e **que não envolvem pessoas com prerrogativa de foro.**

(...)

5. Ocorre que, em muitas vertentes investigadas ali abordadas, outros crimes conexo e/ou participação de personagens sem foro privilegiado, ainda precisam ser aprofundadas. Foi para esta continuidade das investigações que requereu o Procurador- Geral da República – e deferiu o Relator – a remessa de cópias das peças pertinentes às instâncias devidas.

6. Aqui, nos presentes autos, recebe-se o “envelope 22” especificado na petição de fls. 2/8.

7. **Trata-se de investigar as transferências de recurso do Banco do Brasil para a empresa DNA Propaganda Ltda. – do empresário Marcos Valério – por meio da Companhia Brasileira de Meio de Pagamento – VISANET. Essas transferências, intensificadas no ano de 2003, feitas à título de “adiantamento” – vale dizer, antes de serem realizados os serviços – foram depois justificadas por notas fiscais que já se comprovou serem falsas. Os serviços correspondentes jamais foram prestados e o dinheiro, em verdade, apropriados pelos agentes e desviado para pagamento de propinas a políticos.**

8. Foram **denunciados por este fato**, perante o Supremo Tribunal Federal, dentre outros, os então ex-Ministros Luiz Gushiken e José Dirceu- no exercício do cargo ao tempo dos fatos – e o **ex-Diretor do Banco do Brasil, Henrique Pizzolato.**

9. O Procurador –Geral da República, contudo, constatou a necessidade de continuidade das investigações em relação **a outros funcionários do Banco do Brasil, a exemplo do Senhor Cláudio Vasconcelos, que exercia a função de Gerente Executivo de Propaganda desde o ano de 2001.** Daí a remessa esta PR/DF, tendo em vista o domicílio da instituição financeira ser o Distrito Federal.

(...)

18. Sem embargo, como bem observou Sua Excelência o Procurador Geral da República- e, de resto, deflui claramente da simples leitura, tanto da denuncia apresentada ao STF, quanto do Relatório da Auditoria que já compõe os autos, - **é absolutamente certo que as condutas delituosas praticadas, tal a imbricação necessária com atos irregulares de gestão no Banco do Brasil, não teriam obtido sucesso se não houvesse participação de outros funcionários da instituição, além do já identificado e denunciado Diretor Henrique Pizzolato.**”

Ressalta-se, por oportuno, que, conforme faz prova o Inquérito citado, os atos considerados ilícitos **SÃO EXATAMENTE AS NOTAS TÉCNICAS QUE ESTA CORTE CONSIDEROU COMO ATO DE OFÍCIO ISOLADO.** Em outras palavras, as Notas Técnicas, **imputadas como ato de ofício de Henrique Pizzolato** no valor total de R\$ 73.851.536,18, **somente seriam elaboradas com a participação de Claudio de Castro Vasconcelos, Gerente executivo da DIMAC.**

A coautoria de Cláudio Vasconcelos fica explicitada no depoimento de Leandro José Macedo, juntado aos autos no IPL 04.555/2006:

“(...) QUE nos anos de 2000-2001, o mercado de cartões, no produto débito, estava iniciando no Brasil, QUE em razão disso necessitava de uma campanha publicitária maciça visando substituir os pagamentos efetuados em cheques por pagamentos na função débito no cartão, QUE na época, o Banco do Brasil, tinha nas mãos dos clientes mais de seis milhões de cartões com baixa utilização na função electro(débito), QUE a campanha visando popularizar a utilização do cartão para pagamentos com débito em conta tinha atrativo importante para o banco, uma vez que no pagamento em cheque o banco não recebe nenhum valor, QUE no pagamento através do cartão de débito recebia equivalente a um por cento do valor do pagamento e ganho indireto como sócio da VISANET, QUE naquela

época o declarante exercia a função de gerente executivo(gerente de projetos) da área de cartões do Banco do Brasil, subordinado ao gerente de área de cartões DOUGLAS MACEDO, QUE objetivando implementar a campanha de publicidade, **a áreas de cartões emitiu uma nota para diretoria do banco (Presidente e diretores)expondo a necessidade da campanha de ativação dos cartões de débito, QUE aprovada a ação publicitária o projeto foi encaminhado para Diretoria de Marketing, QUE naquela época 2000-2001, CLAUDIO DE CASTRO VASCONCELOS, era gerente executivo da diretoria de marketing-DIMAC, QUE toda campanha publicitária foi gerenciada e executada pela Diretoria de Marketing, QUE para a contratação de empresas de publicidade, a gerência de marketing demandou a licitação para escolha das empresas de publicidade, QUE no caso da publicidade dos cartões VISA a DIMAC transferiu o trabalho de publicidade e desenvolvimento da campanha para uma das empresas que já trabalhava com o Banco do Brasil em razão de ter sido aprovada em procedimento licitatório anterior.**

Da mesma forma a coautoria de Claudio de Castro Vasconcelos nos fatos que desencadearam a Ação Penal 470-STF consta no relatório de auditoria interna do Banco do Brasil, no processo de gestão do Fundo de Incentivo Visanet.

O Banco do Brasil individualizou a atuação dos seus executivos e responsabilizou Claudio de Castro Vasconcelos, como gestor que determinava o valor dos serviços propostos nas Notas Técnicas, negociando diretamente com a DNA Propaganda valores e formas de pagamento.

2.071.740-7 CLAUDIO DE CASTRO VASCONCELOS

(...)

4.2.7 Circunstâncias Agravantes

4.2.7.1 Funcionário, à época dos fatos, **centralizava e controlava a recepção de notas fiscais das agências de publicidade envolvidas e com estas negociava as condições e forma de pagamento**, as quais apresentava à Diretoria de Varejo para que o Gestor do Fundo as encaminhassem à Visanet, para o respectivo pagamento.

Fica comprovado que a circunstâncias nas quais foram praticados os delitos – **NOTA TÉCNICA** – impõe o julgamento conjunto dos réus. Como apresentado na defesa por Henrique Pizzolato, as todas as Notas Técnicas tiveram a assinatura de mais 3 executivos do Banco, 2 Gerentes (Dimac e Varejo) e 1 diretor (varejo). **TODAS tiveram a assinatura de Cláudio de Castro Vasconcelos.**

Há que se ressaltar ainda, conforme explicitado nos embargos de declaração abaixo que o Cláudio de Castro Vasconcelos foi o executivo do Banco que requereu a prorrogação do contrato com a agência DNA Propaganda e que era o responsável direto e exclusivo para a fiscalização dos contratos de agência de publicidade do Banco.

Portanto, fica comprovado, à exaustão, que todas as condutas delituosas atribuídas a Henrique Pizzolato e ao Cláudio de Castro Vasconcelos **estão relacionadas de modo indissociável.** Aliás, como tem defendido o próprio Ministério Público, como nos autos da Ação Penal nº 666, todas as condutas podem ser enquadradas nas três hipóteses de conexão prevista no artigo 76 do Código de Processo Penal.

Diz o referido o artigo 76 do CPP:

Art. 76 – A competência será determinada pela conexão:

I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II – se, ao mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

5. No presente caso, está configurado a conexão pelo inciso I, uma vez que a **NOTA TÉCNICA ERAM ELABORADAS POR CLÁUDIO VASCONCELOS PARA O DE ACORDO DE HENRIQUE PIZZOLATO. A CONEXÃO TELEOLÓGICA ESTÁ PRESENTE, NA MEDIDA EM QUE AS PROPOSTAS DE ELABORAÇÃO DAS NOTAS TÉCNICAS ERAM FORMULADAS PELO CLAUDIO VASCONCELOS E A CONEXÃO PROBATÓRIA FICA EVIDENCIADA PELO PRÓPRIO REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE UTILIZAR COMO PROVA EMPRESTADAS TODAS AS QUE FORAM UTILIZADAS PARA INCRIMINAR HENRIQUE PIZZOLATO.**

6. O artigo 77 do Código de Processo Penal determina que quando **duas ou mais pessoas são acusadas de uma mesma infração, não é possível a separação**, cuja jurisdição **deverá ser objeto de uma única apreciação**.

Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

A competência em razão de **continência é obrigatória** quando **não for possível cindir a prova sem o perigo de decisões conflitantes**.

No presente caso os fatos que integram os delitos de Henrique Pizzolato e Cláudio de Castro Vasconcelos **justificam os mesmos meios de acusação, de defesa e de convicção**.

7. Trata-se de um só crime, em coautoria.

Assim sendo, o desmembramento do processo investigatório e o oferecimento da denúncia somente quanto a Henrique Pizzolato junto ao STF viola o devido processo legal e ampla defesa, na medida em que Henrique Pizzolato, assim como o Cláudio Vasconcelos não detêm foro privilegiado.

Ressalte-se que “quando duas ou mais pessoas são acusadas da prática do mesmo fato, em coautoria, a competência jurisdicional é definida em função da continência, na forma do disposto no art. 71, I, do CPP”¹.

Bento de Faria, citado por Heráclito Antônio Mossin observa que “a indivisibilidade decorre da realidade de um só crime, pouco importando que algum dos agentes esteja sujeito a jurisdição de juízo diverso”².

8. Nos crimes *plurisubjetivos* agrupa-se a coautoria necessária, como no presente caso.

9. É de bom alvitre ressaltar a divergência apontada pelo Ministro Teori Zavaski, nos autos da Ação Penal nº 666, no tocante ao desmembramento do processo. Disse o Ministro que

“Eu não vejo como desmembrar em duas ações penais diferentes em se tratando de uma conduta praticada em coautoria, nessas circunstâncias”³.

10. Outro aspecto a ser salientado é que no relatório final da CPMI dos Correios, base da investigação e da presente ação penal, fora determinado

¹ RT 715/477

² **Comentários ao Código de Processo Penal à luz da jurisprudência.** Barueri, SP: Manole, 2005.

³ www.stf.jus.br/noticias. Acesso em 01/05/2013. Acompanham o voto do Ministro Teori Zavaski os Exmos. Ministros Joaquim Barbosa, Rosa Weber e Gilmar Mendes.

expressamente o indiciamento dos 4 executivos do Banco do Brasil **que assinaram as Notas Técnicas**, quais sejam: **1. HENRIQUE PIZZOLATO; 2. FERNANDO BARBOSA DE OLIVEIRA; 3. CLAUDIO DE CASTRO VASCONCELOS; 4. DOUGLAS MACEDO.**

Portanto, desde a CPMI dos correios o Ministério Público tem conhecimento de que haveria prática de coautoria.

11. O indiciamento de forma isolada de Henrique Pizzolato nesta ação só se justifica, na medida em que não detém prerrogativa de função por pressuposto político efetivado quando da apresentação da denúncia. Ou seja, houve o direcionamento do indiciamento com clara intenção de montar uma história para atingir diretamente uma situação política posta.

Se há coautoria entre os atos praticados por Henrique Pizzolato e Cláudio de Castro Vasconcelos, ambos se prerrogativa de função, o Ministério Público teria duas alternativas:

i. Indiciar Henrique Pizzolato e Cláudio de Castro de Vasconcelos no inquérito que resultou na presente ação penal;

Ou,

ii. Indiciar Henrique Pizzolato e Cláudio de Castro de Vasconcelos no inquérito que ainda está em tramitação, conforme comprovam os documentos ora juntados.

O que jamais poderia ter ocorrido é o desmembramento dos indiciamentos, mesmo estando configurada a coautoria.

Ao direcionar o indiciamento do ora embargante juntamente com os que detém foro por prerrogativa de função, o Ministério Público

acaba por subverter a ordem Constitucional negando o amplo direito de defesa no que tange ao duplo grau de jurisdição.

12. Desta feita, uma vez comprovado a existência de coautoria, manter o embargante em foro distinto do coautor fere as garantias do juiz natural. Outro aspecto a ser salientado é que o Pacto de São José da Costa Rica fixa as garantias judiciais em seu artigo 8º, 2. h, conferindo ao embargante o direito de igualdade processual, e o de recorrer da sentença a juiz ou outro tribunal. Uma vez que o referido goza de status supralegal deve ser aplicado a todos os casos em que se encontre em conflito de competência para garantir a efetividade do processo e consequentemente a efetividade dos direitos fundamentais do cidadão.

13. Ante o exposto, caracterizado está a **violação aos artigos 71, I, 76, 77 do Código de Processo Penal** c/c art. 8º, 2, h do Pacto de São José da Costa Rica, tendo em vista a existência do Inquérito Policial n. 04.555/2006, cujo inteiro teor se encontra anexado à presente e fica fazer parte integrante dos fundamentos, em que se configura a existência de um só crime em coautoria bem como em razão de o ora embargante não deter foro privilegiado, razão pela qual deve ser declarada a **NULIDADE DA AÇÃO PENAL Nº 470 em sua totalidade, em relação a HENRIQUE PIZZOLATO, determinando-se o desmembramento do processo para a 1ª instância.**

**II. - DA OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE E
AMBIGUIDADE
OS RECURSOS DO FUNDO DE INCENTIVO VISANET
NÃO SÃO PÚBLICOS
DA NATUREZA PRIVADA DOS RECURSOS DO FUNDO VISANET**

1. O v. acórdão ora embargado no tocante a natureza jurídica do Fundo de Incentivo Visanet, **entendeu ser o mesmo de natureza pública**. Afirmou o Eminentíssimo Ministro relator em seu voto:

“...não se pode desconhecer que os recursos oriundos do Fundo Visanet, de que agora se trata, eram de propriedade do Banco do Brasil.”

1.1. Ao contrário do que fora afirmado no v. acórdão, a natureza privada dos recursos do Fundo de Incentivo Visanet tem influência direta para a desconstrução da denúncia da prática do peculato, na medida em que atinge diretamente o conceito de ato de ofício.

2. Como está devidamente comprovado nos autos a empresa denominada **Companhia Brasileira de Meios de Pagamento – CBMP**, conhecida por VISANET é **uma pessoa jurídica de direito privado e regida exclusivamente pelas normas jurídicas de direito privado. Logo, os recursos provenientes dessa Companhia são exclusivamente privados**. Foi criada a partir de proposta efetuada pela empresa multinacional americana - Visa Internacional - operadora de cartões com marca Visa, no ano de 1995. A sua criação ocorreu com a participação de 25 bancos brasileiros cujo objetivo era o de **unificar a administração e operacionalização dos cartões de crédito, de marca Visa, no Brasil**.

Para viabilizar e incentivar a participação dos bancos brasileiros, a **Visa Internacional aportou, de forma unilateral e individualmente o dinheiro para os custos operacionais**. Os bancos brasileiros, **inclusive o Banco do Brasil S/A** ofereceram a sua carteira de clientes (consumidores). Ainda com a intenção de incentivar a parceria, cada banco associado recebeu, da Visa Internacional, uma porcentagem de participação na CBMP/Visanet (ações), conforme seu tamanho (número de clientes).

2.1. **Não houve**, por parte de nenhum banco, **qualquer aporte financeiro direto ou indireto** para ingressar na parceria. Em outras palavras, o Banco do Brasil S/A **NÃO APORTOU, EM MOMENTO ALGUM, DINHEIRO**

PARA INGRESSAR NA PARCERIA. O compromisso entre os bancos era aumentar a venda de cartões com a marca Visa e, a partir do aumento das vendas dos cartões, aumentarem o seu rendimento. A participação e permanência dos bancos na CBMP/Visanet **SEMPRE** foi condicionada ao cumprimento de compromissos estabelecidos pela empresa multinacional americana Visa Internacional, qual seja, o aumento da venda de cartões da marca VISA.

2.2. Em 2001, a CBMP/Visanet, decidiu criar um fundo (de marketing). Separou uma pequena quantia sobre os ganhos com os cartões para ser utilizado exclusivamente para divulgação - propaganda - da marca Visa. A Visanet, composta por vários bancos concorrentes entre si, decidiu que não faria, ela própria, as campanhas publicitárias. Isto ficaria a cargo de cada banco. A CBMP/Visanet aprovou um **Regulamento/Contrato**, estabelecendo **as regras para utilização do dinheiro do fundo.**

No **Apenso 356, fls. 9.648 a 9.640⁴**, se encontra o Regulamento do Fundo de Incentivo Visanet, **documento este não analisado no v. acórdão.** Este regulamento, que também não fora impugnado pelo Ministério Público, fixou que a origem e propriedade dos recursos que viriam a compor o Fundo, **sempre pertenceriam à Visanet. Diz o Regulamento:**

II - ORIGEM E PROPRIEDADE DO FUNDO DE INCENTIVO VISANET

II.1 - O Fundo de Incentivo Visanet é criado e mantido com recursos disponibilizados pela Visanet,

II.3 - A Visanet sempre se manterá como legítima proprietária do Fundo de Incentivo Visanet.

Cláusula III.3 - Período Contemplado pelo Fundo de Incentivo Visanet

Os valores atribuídos ao Incentivador no Fundo de Incentivo Visanet deverão ser utilizados até 31 de dezembro de cada ano civil sob pena de perda do direito,

Cláusula VI - Prazo de Duração

⁴ Doc. nº na íntegra.

VI.2 – Serão beneficiados pelo presente Regulamento os Incentivadores que assim desejarem desde que se sujeitem às condições ora estabelecidas. Os Acionistas que se retirarem da Visanet ou dela forem excluídos perderão os seus direitos (ou dos Incentivadores coligados /controladores/subsidiários) sob o presente na data de sua saída/exclusão.

Cláusula II - Origem e Propriedade do Fundo de Incentivo Visanet

II.1 – O Fundo de Incentivo Visanet é criado e mantido com recursos disponibilizados pela Visanet, conforme aprovados anualmente pelo seu Conselho de Administração. Para o exercício fiscal de 2004, o valor aprovado pelo Conselho de Administração da Visanet para compor o Fundo de Incentivo Visanet é de R\$ 156.000.000 (cento e cinquenta milhões de reais).

II.5 - O Fundo de Incentivo Visanet será administrado por um Comitê Gestor, que será responsável pelo cumprimento das condições constantes deste Regulamento, bem como pela decisão dos casos omissos.

Cláusula IV.3 - Aprovação Formal de Propostas de Ações de Incentivo

Ao receber formalmente as Propostas de Ação de Incentivo, a Visanet observará o seguinte procedimento:

- a) Caso a ação esteja contemplada nos itens constantes da Cláusula III.4 deste Regulamento, a Diretoria de Marketing da Visanet avaliará e dará seu parecer.

Cláusula IV.6 – Pagamento ou Reembolso das despesas decorrentes das Ações de Incentivo Aprovadas

As despesas com a Ação de Incentivo serão pagas diretamente pela Visanet à(s) empresa(s) executora(s) do projeto ou reembolsadas ao Incentivador.

- b) A política de aprovação para pagamento de documentos fiscais será a Política Interna de Alçadas da própria Visanet.

Cláusula V.3 – Administração e Relatórios

V.4 – Faz parte das atribuições do Comitê Gestor e do Conselho de Administração da Visanet a averiguação de que os recursos do Fundo de Incentivo Visanet sejam utilizados de acordo com as diretrizes e estratégias de negócio e as condições deste Regulamento.

2.3. A partir deste Regulamento, a **Consultoria Jurídica do Banco do Brasil S/A** emitiu **parecer jurídico afirmando que o dinheiro não pertencia ao Banco do Brasil S/A**. Estes pareceres, com o devido respeito, não foram analisados pelo v. acórdão embargado, afirmaram:

- Parecer **DIJUR-COJUR/COTRI nº 81 (31/08/2004) (Apenso 354 Ep 09088 a 09079) pg 207 a 216**

[...]

item 7... Analisamos as disposições dos estatutos sociais do BB Cartões e da Visanet e da **legislação societária** e verificamos que **não há óbice jurídico** quanto à **implementação das seguintes decisões:**

b) investimento inicial, exclusivamente pela Visanet.

c) pagamento das ações de incentivo mediante faturamento direto à Visanet.

d) utilização dos recursos do funding pelos emissores de cartões Visa,...

e) apresentação e acompanhamento de projetos publicitários e indicação de agências de publicidades pelos emissores

Obs.: a BB Cartões deverá indicar somente as agências de publicidade licitadas pelo Banco.

- **Nota jurídica DIJUR-COJUR/CONSU nº 004715 (30/08/2004) - (Apenso 351 Ep 08817) pg188 a 190.**

item 8. Ratificando a conclusão constante da letra “c” do item 7 do Parecer COJUR/CONSU n. 12982, **não há óbices jurídicos** (inclusive tributários) **para que o pagamento das ações de incentivo seja realizado mediante faturamento diretamente à Visanet, sem ingresso/trânsito de recursos pelo BB.** Ou seja, a alternativa de utilização dos recursos adotada pelo Banco, desde que os pagamentos sejam efetivamente faturados contra a Visanet.

[...]

item 14 (b) Dentre as alternativas existentes para a utilização dos recursos do Fundo, aquela atualmente adotada pelo Banco – **que prevê o faturamento pela empresa executora contra a Visanet com pagamento direto por esta última – é a forma mais benéfica, do ponto de vista fiscal, para a execução dos gastos com a promoção e divulgação da marca VISA, por meio do Fundo de Incentivo Visanet, uma vez que evita o trânsito dos recursos pelas empresas do Conglomerado.**

- **Nota jurídica DIJUR-COJUR/CONSU nº 004715 (30/08/2004) - (Apenso 351 Ep 08817) pg188 a 190.**

item 4. Acresce que, de acordo com o item IV, alínea “6”, do Regulamento de Constituição e Uso do Fundo de Incentivo Visanet, as despesas de tais ações (“Ações de Incentivo”), podem ser pagas de duas formas:

“I. CBMP (Visanet) paga diretamente à empresa executora;

“II”...

item 5. Dessas formas de pagamento, o Banco, esclarece o Consultente, “vem utilizando a primeira das alternativas acima”, ou seja, a Visanet paga diretamente à empresa executora.

[..]

item 7. De acordo com o item II. 1 da anexa cópia do Regulamento de Constituição e Uso do Fundo de Incentivo Visanet para o exercício de 2004, o Fundo “**é criado e mantido com recursos disponibilizados pela Visanet,** conforme aprovados anualmente pelo seu Conselho de Administração”.

8. O item II. 3. Desse Regulamento, consigna que “**a Visanet sempre se manterá como legítima proprietária do Fundo de Incentivo Visanet.**”

9. **À luz dessas disposições do Regulamento, evidencia-se que os recursos do Fundo não são do BB – Banco de Investimentos ou do Banco do Brasil, afastando, em consequência, a interpretação de que tais recursos poderiam ter natureza pública.**

10. Em face disso, **é possível concluir pela não incidência da Lei de Licitações,** quando as Ações de Incentivo são total e exclusivamente custeadas pelos recursos do Fundo de Incentivo Visanet.

[...]

24. Conforme acima sustentado, caso se trate de Ação de Incentivo total, e **exclusivamente lastreadas com recursos do Fundo,** ou seja, **recursos de natureza privada,** não há incidência da Lei de Licitações.

2.3.1. A natureza jurídica privada do Fundo de Incentivo Visanet já era de conhecimento público desde a CPMI dos Correios. O próprio Banco do Brasil S/A, **em 03 de abril de 2006, após a publicização do relatório final, enviou Ofício, assinado pelo Diretor Jurídico do Banco para apontar os equívocos cometidos no referido relatório final da CPMI. Neste ofício, que se encontra no APENSO 407, FLS. 24249 a 24224, que não fora analisado, afirma:**

1. A Companhia Brasileira de Meios de Pagamento (CBMP, conhecida como Visanet (nome fantasia), **é uma pessoa jurídica de direito privado e, como**

tal, rege-se exclusivamente pelas normas jurídicas aplicáveis à iniciativa privada. Logo, os recursos provenientes dessa Companhia são exclusivamente privados - e não públicos.

2. O fato de um dos acionistas dessa Companhia (CBMP) ser o BB Banco de Investimentos S.A. (BB BI) não altera essa conclusão. Aquela é, tão somente, uma coligada desse último, que não detém o seu controle societário. Consequentemente, resta nítido o caráter privado dos recursos provenientes da aludida coligada (CBMP).

3. Eventual equiparação a uma empresa estatal (sociedade de economia mista ou empresa pública) constituir-se-ia um equívoco jurídico, diante dos princípios enunciados no **art. 170 da Constituição Federal**, especialmente dos que tratam da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre concorrência. **É injurídico, pois, considerar como públicos os recursos do Fundo de Incentivo Visanet, proveniente da referida Companhia.**

4. Ainda que a CBMP integrasse - e, evidentemente, não integra - a Administração Pública Federal indireta, na qualidade, por exemplo, de sociedade mista ou empresa pública, os seus recursos continuariam sendo privados, a teor do contido no art. 173, § 1º, II da Carta Política, que determina a sujeição dessas sociedades (economia mista e empresa pública) ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis comerciais trabalhistas e tributários.

O próprio Banco do Brasil S/A afirma não se tratar de dinheiro público, muito menos a ele pertencente. Em outras palavras, o Banco do Brasil S/A afirmou, **através de seu Diretor Jurídico**, emitiu parecer, portanto, **ato vinculado para todos os demais diretores do Banco, que os recursos/dinheiro do Fundo de Incentivo Visanet, NÃO PERTENCIA AO BANCO DO BRASIL S/A, LOGO NÃO É DINHEIRO PÚBLICO.**

2.4. O v. acórdão embargado omitiu-se em analisar as provas testemunhais produzidas nos autos, que frize-se, não foram impugnados pelo Ministério Público. Todas as testemunhas, pertencentes ao quadro funcional do Banco do Brasil S/A foram unânimes, ao afirmar que a natureza jurídica do Fundo de Incentivo Visanet é privado:

JOSÉ LUÍS PROLA SALINAS⁵

A SRa. (ADVOGADA): Só para esclarecer: o Fundo Visanet **não compunha o orçamento do Banco do Brasil em hipótese alguma?**

O SR. JOSÉ LUÍS PROLA SALINAS: **O Fundo Visanet é um fundo privado da Visanet para incentivo da bandeira Visa, especificamente do cartão Ourocard da bandeira Visa.** (o realce é meu).

[...]

o SR. DOUGLAS MACEDO:

A SRa. RAQUEL BRANQUINHO PIMENTA MAMEDE NASCIMENTO (REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL): A diretoria de contabilidade abrangia também os investimentos do Banco do Brasil no fundo VisaNet, a contabilidade? (fls. 42.845, vol. 201 – grifo meu)

o SR. DOUGLAS MACEDO: Talvez não existissem investimentos do Banco do Brasil no fundo, pelo que conheço do mecanismo do fundo. **Pelo que conheço do mecanismo do fundo, não existia aporte dos bancos para o fundo.** A VisaNet separava no seu orçamento um valor e constituía o que passou a ser denominado fundo. Talvez a expressão fundo, até pela nossa vivência no mercado bancário, ela acaba sendo relacionada a alguma coisa que receba um aporte para ser utilizado posteriormente. **Nesse caso, o Banco do Brasil, ou qualquer outro emissor, os emissores, os sócios da VisaNet, eles não faziam aporte nesse fundo; esse fundo era constituído com recursos exclusivos da VisaNet.**

[...]

A DEFESA: No início da nota há uma referência assim: "Orçamento. A nota não impacta o orçamento". É exatamente porque os recursos são da VisaNet, e não recursos do Banco do Brasil. É isso?

⁵ Depoimento constante no VOL.198, fls. 42.260/24.280.

O SR. **DOUGLAS MACEDO**: Exatamente, era esse o entendimento. Uma vez que o recurso era de uma empresa para uma finalidade específica e não era direcionado para o Banco do Brasil, era um volume de recursos que poderia ser utilizado, mas não pertencia ao Banco do Brasil, porque outros acionistas também detinham volumes expressivos de recursos, então, esses recursos não impactariam o orçamento do Banco do Brasil, e, sim, o orçamento VisaNet.

[...]

FRANCISCO CLÁUDIO DUDA⁶

[...]

JF JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA: Explique-me sobre VISANET . O que o senhor sabe sobre o fundo de incentivo Visanet?

DEPOENTE SR. FRANCISCO CLÁUDIO DUDA: Visanet é uma empresa, que tem como acionistas vários bancos. É uma empresa que permite o funcionamento do cartão de crédito, vamos dizer assim. Ela opera no Brasil a marca internacional Visa. Então, ela é uma operada dessa marca e formada pelos grandes bancos do país.

JF JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA: Tem alguma prevalência do Banco do Brasil nela?

DEPOENTE SR. FRANCISCO CLÁUDIO DUDA: Não tem nenhuma prevalência. O Banco do Brasil tem uma participação acionária, assim como outros grandes bancos têm participação acionária equivalente.

[...]

2.5. Há mais. Ao responder os quesitos formulados pelo Eminentíssimo Ministro Relator, a empresa Visanet, foi categórica ao afirmar:

B) FUNDO DE INCENTIVO AO MARKETING EMISSOR

[...]

18. Os recursos do Fundo são públicos ou privados? E a parte do Banco do Brasil? Há possibilidade de identificar se os recursos que cabem ao BB no Fundo de Incentivo Visanet são públicos ou privados?

Os recursos do Fundo de Incentivo são recursos privados pertencentes à Visanet. Não há parte pertencente a nenhum banco, tampouco ao Banco do

⁶ Depoimento constante no Vol.139, fls.30.207/30.254.

Brasil. Há somente um rateio de cotas alocadas para ações planejadas pelos emissores junto a seus respectivos junto a seus respectivos portadores/clientes⁷. (o realce é meu).

3. O próprio Banco do Brasil S/A no **Ofício nº 5.118/R de 02/06/2009**, respondendo aos quesitos deferidos pelo Eminentíssimo Ministro Relator, constante no **Volume 143, fls. 30.769 a 30.776, afirmou:**

Conforme referido no Relatório de Auditoria, de 07.12.2005, a origem, propriedade e gestão dos recursos do Fundo de Incentivo Visanet pertenciam à Companhia Brasileiro e Meios de Pagamento - VISANET.

Quem se apresentava como titular desses recursos no plano material era a VISANET, posição exteriorizada no regulamento instituidor do Fundo.

Desse modo, o Banco do Brasil S.A. não tem legitimidade ativa para propor eventual ação de ressarcimento em face das empresas prestadoras de serviço.

3. Pelas provas produzidas nos autos está comprovado que o **Fundo de Incentivo Visanet detém natureza jurídica privada. Jamais ocorreu aporte financeiro por parte do Banco do Brasil S/A**, como afirmou o v. acórdão embargado. De outra banda, como ficou também devidamente comprovado nos autos e explicado em sustentação oral, o Fundo de Incentivo Visanet era composto pela utilização dos cartões visa de seus clientes. Em outras palavras, cada cliente que compra pelo cartão Visa, um percentual é dirigido para o Fundo. Portanto, **os recursos adquiridos para Fundo são eminentemente privados**. Desta feita, **não há que se falar em lesão ou dano erário público**. O dano ao Banco do Brasil somente poderá ocorrer quando este for o detentor da administração. Uma vez que o BB Investimentos S/A **é apenas um dos acionistas do Fundo de Incentivo Visanet**, nas palavras do Ministro Moreira Alves, “dele são as ações. Não é dinheiro público”⁸. Portanto, não há

⁷ As respostas aos quesitos se encontram no Apenso 430, pgs. 63 a 75.

⁸ Nos autos do Mandado de Segurança nº 23.875/DF, Impetrante: Banco do Brasil – Distribuidora de Títulos e Valores Imobiliários S/A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator para o Acórdão Ministro Nelson Jobim. Neste Mandado de Segurança analisou-se a natureza jurídica dos recursos da

como falar que eventual prejuízo (que de fato não ocorreu porque o trabalho fora realizado, conforme se demonstrará abaixo) no FIV atingirá o Banco do Brasil. Isto quer dizer que eventual dano ao Fundo de Incentivo Visanet não gera dano ao Banco do Brasil e, conseqüentemente, não há como se falar em dano ao erário público, já que a natureza jurídica do Banco do Brasil é Sociedade de economia mista, o fundo é composto de dinheiro decorrente de uma relação entre particulares (venda de cartões direta para os cidadãos).

De outra banda, os recursos do Fundo de Incentivo Visanet, **conforme previsão em seu Regulamento é dele próprio, não** podendo se **confundir** com recurso do **Estado**. O fato de o BB investimento ser acionista do referido fundo não tem o efeito de transferir a natureza privada para natureza pública do recurso, na medida em que ela se conserva na condição bens de natureza privada, logo **não é dinheiro público**. Não se trata aqui de fundo governamental. Pelo contrário, **como comprovado trata-se de exercício de atividade privada**. E essa atividade é legítima na medida em que o Banco do Brasil S/A é sociedade de economia mista sendo regida, nos termos do artigo 173 da Constituição da República e cujo patrimônio, incluídos bens e direitos, não se revestem a qualidade de bens públicos, mas de bens privados.

Os bens e valores em discussão não são os da administração pública. Pelo contrário. São bens e valores adquiridos por terceiros (correntistas que utilizam cartão de crédito com bandeira visa) e administrados pelo Fundo de Incentivo Visanet. O que retorna ao Banco do Brasil sequer são os dividendos decorrentes dos lucros que a atividade do Fundo de Incentivo Visanet desenvolve. Em outras palavras, o que retorna ao Banco do Brasil S/A, com as propagandas dos cartões de crédito da bandeira visa, é o aumento da utilização destes cartões pelos correntistas.

subsidiária do Banco do Brasil. Mutatis Mutandis, tendo em vista que a natureza jurídica do BB Investimentos é o mesmo, aplica-se a fundamentação. Ac. Publicado no DJ de 30.04.2004, p. 1298.

5. Desta feita, tendo em vista que o v. **acórdão embargado se omitiu na análise dos documentos ora anexado à presente**, bem como das **provas testemunhais ouvidas na presente persecução penal**, configurou-se a sua **contradição** ao **definir** os **recursos do Fundo de Incentivo Visanet** como **dinheiro de propriedade do Banco do Brasil**, logo, **dinheiro público**.

5.1. Sendo assim, deve ser conhecido e provido o presente embargos de declaração para sanar as omissões, contradições e, conseqüentemente a obscuridade apontada. Sanando-as, poderá acarretar os efeitos modificativos do julgado, o que desde já se requer, para que seja fixada a tese jurídica de que os **recursos proveniente do Fundo de Incentivo Visanet é EMINENTEMENTE PRIVADO**.

III. - DA INEXISTÊNCIA DO ATO DE OFÍCIO PARA DETERMINAR A LIBERAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDO DE INCENTIVO VISANET DA AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO – PECULATO

1. O v. acórdão embargado fixou tese no sentido de que o ora embargante, na sua condição de Diretor de Marketing do Banco do Brasil S/A, cometeu o crime de Peculato, tipificado no artigo 312 do Código Penal. Afirmou que mesmo ficando comprovado que o Fundo de Incentivo Visanet detém natureza jurídica privada, ou seja, que o dinheiro que compõe o referido fundo é privado, não pertencente ao Banco do Brasil S/A, estaria caracterizada a prática criminosa. Afirma que o “tipo penal peculato também recai sobre valores particulares, desde que a posse sobre estes dê ‘em razão do cargo’”(v. acórdão, fls. 52.351). Afirmou que “se o agente público (no caso, o Diretor de Marketing do Banco do Brasil) desviou, em proveito próprio ou alheio, dinheiro ou valor de que tem a posse (ou detenção) em razão do cargo está configurado o peculato, independentemente de o dinheiro ou valor apropriado ou desviado ser público ou particular”. (v. acórdão, fls. 52.352).

Afirmou ainda que o ora embargante “**detinha o poder de dispor sobre os recursos em razão do cargo** de Diretor de Marketing do Banco do

Brasil.” (v. acórdão fls. 52.532 – o realce é do original). E continua para dizer que “não se pode desconhecer que **os recursos oriundos do Fundo Visanet**, de que agora se trata, **eram de propriedade do Banco do Brasil**”. (v. acórdão fls. 52.532). (o realce é meu)

2. Aqui encontramos a omissão, contradição e obscuridade no v. acórdão.

2.1. A omissão se apresenta, com o devido respeito, quanto a **ausência de fundamentação para caracterizar o ato de ofício do ora embargante junto aos recursos do Fundo Visanet**. Isto porque, em momento algum foi consignado expressamente **em qual normativo do Banco do Brasil S/A que conferia ao embargante o ato de ofício**. Em outras palavras, **não foi citado qual o dispositivo legal que confere ao embargante a posse dos recursos do Fundo Visanet**.

2.2. Como é cediço, o poder disciplinar do empregador (Banco do Brasil S/A) decorre do contrato de trabalho, ao qual integra o Livro de Instruções Codificadas – LIC, que disciplina, no âmbito interno, os poderes a que estão investidos todos os seus empregados com cargo de direção. Como **apresentado em defesa e não analisado pelo v. acórdão**, o Livro de Instruções Codificadas – LIC não **confere** ao embargante, enquanto **diretor de Marketing o PODER, logo a posse dos recursos pertencentes ao Fundo de Incentivo Visanet**.

2.3. Este C. Supremo Tribunal Federal já tornou pacífico o seu entendimento no sentido **de que o ato de ofício somente se caracteriza quando a ação relacionar-se com o exercício da função pública que o agente exerce, ou seja, deve o ato ser da competência do funcionário e o seu ato deve caber no âmbito desta**⁹. O Ministro Moreira Alves, em seu voto na AP nº 307-3-DF, citando Damásio de

⁹ Ação Penal nº 307-3-DF – Voto Ministro Moreira Alves, p.2445

Jesus afirmou que “Deve haver nexo de causalidade entre a conduta do funcionário e a realização do ato funcional.”¹⁰

O artigo 312 do CP estabelece:

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

Ou seja para configurar o peculato o funcionário público, obrigatoriamente, tem que **ter a posse do bem, no caso dinheiro, em razão do cargo**.

Portanto, a **posse** do dinheiro **não se presume**. Ela é **direta** e **objetiva**. Em outras palavras o **agente público deve ter o poder de praticar atos de ofício, de ter a posse do bem**.

Ora, conforme ficou devidamente comprovado **o recurso/dinheiro do Fundo de Incentivo Visanet é privado**. Logo, para que **pudesse ser utilizado**, por ordem do **Banco do Brasil S/A**, mero acionista como os demais 29 bancos, somente o **gestor/representante legal, expressamente indicado**, com **poderes específicos** para tal é que teria a **posse dos mesmos**.

Como mencionado acima, **não houve a indicação de qual é o normativo interno do Banco do Brasil S/A que conferia ao embargante o poder de praticar atos de ofício em nome do Banco do Brasil S/A junto ao Fundo de Incentivo Visanet, cuja natureza jurídica é privada**.

Com o devido respeito, o exemplo apontado pelo Eminentíssimo Relator, do carcereiro que em razão do cargo, fica com os bens ou valores pertencentes ao preso, não se aplica ao presente caso. Isto porque, no exemplo do

¹⁰ Ação Penal nº 307-3-DF – Voto Ministro Moreira Alves, p.2445

carcereiro, o seu poder está definido na função do seu cargo, ao contrário do presente caso, que **NÃO HÁ NENHUMA NORMA INTERNA QUE CONFIRA O PODER PARA O EMBARGANTE, NO CARGO DE DIRETOR DE MARKETING, PARA ATUAR COMO GESTOR JUNTO A TERCEIROS, NO CASO, DO FUNDO VISANET.**

Ressalte-se que em momento algum do v. acórdão embargado **é citado o normativo que confere poderes expressos de representação do embargante junto ao Fundo de Incentivo Visanet.**

Para a caracterização integral da realização do tipo penal – Peculato – deve haver necessariamente a **prática** (ou abstenção) de um **ato de ofício**. Sem se comprovar o **poder/ato de ofício do embargante**, qual seja, o **pode de gerir recursos de natureza privada diretamente junto ao Fundo de Incentivo Visanet, representando, formalmente** o Banco do Brasil S/A, **não há** como configurar o tipo penal. Sem a vinculação do comportamento natural do embargante a um ato de ofício, ato este que deve obrigatoriamente incluir-se no complexo de suas atribuições, **não se poderá** caracterizar a **tipicidade do crime de peculato desvio** definido no artigo 312 do Código Penal.

O Ministro Celso de Mello, na Ação Penal nº 307-3, afirma que

Sem a consideração de um ato de ofício – e sem que se possa vincular à conduta do agente, **como referencia subordinante de sua atuação**, uma prática ou omissão funcional, ou, ainda, a promessa de sua ocorrência, torna-se penalmente irrelevante, como consequência necessariamente derivada da ausência de tipicidade, o comportamento atribuído ao servidor público.

Revela-se essencial, portanto, no caso em exame, sob pena de absoluta descaracterização típica da conduta imputada aos réus, a precisa identificação de um ato de ofício incluível na esfera das atribuições do Presidente da República e

por este, direta ou indiretamente, prometido ou oferecido como resposta à indevida vantagem solicitada, recebida ou esperada¹¹.

3. Para **configurar** o **ato de ofício** o agente deve **dispor da coisa de que tem a posse**. Ou seja, como nos ensina Mirabete, “o pressuposto material do crime é, portanto, a situação da posse”.¹² Citando Fragoso, conceitua a posse como “não só o poder material de disposição sobre a coisa, como também a chamada, disponibilidade jurídica, isto é, a possibilidade de livre disposição que ao agente faculta (legalmente) o cargo que desempenha.”¹³ Afirmando, a partir da lição de *Antonlisei* que a “posse consiste aqui na possibilidade de dispor, **fora da esfera de vigilância de outrem**, de coisa, seja em virtude de uma situação de fato, seja em consequência da função jurídica desempenhada pelo agente no âmbito da administração”¹⁴.

Finaliza, o conceito de posse, afirmando que é “indispensável, também, que a **posse exista em razão do cargo** (*ratione officii*), estabelecendo-se, assim, uma relação de **causa e efeito**, expressiva de confiança, **não só do que é necessariamente estabelecida por lei**, como a resultante de ato facultativo, dependente, portanto, da vontade de quem entrega, **quando tal seja permitido ou tolerado pela administração**”¹⁵.

A **posse**, assim, **não se presume**, **deve** estar **definitivamente fixada por lei ou ato normativo**, conferindo expressamente a **guarda da coisa**, ou seja, a **disponibilidade jurídica**.

¹¹ Ação Penal nº 307-3-DF, pg. 2660 do acórdão.

¹² MIRABETE, Julio Fabnrini e MIRABETE, Renato N. **Manual de Direito Penal, Volume 3: parte especial**. 22 Ed. rev. e atual. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 283.

¹³ MIRABETE, Julio Fabnrini e MIRABETE, Renato N. **Manual de Direito Penal, Volume 3: parte especial**. 22 Ed. rev. e atual. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 283.

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabnrini e MIRABETE, Renato N. **Manual de Direito Penal, Volume 3: parte especial**. 22 Ed. rev. e atual. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 283.

¹⁵ MIRABETE, Julio Fabnrini e MIRABETE, Renato N. **Manual de Direito Penal, Volume 3: parte especial**. 22 Ed. rev. e atual. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 283.

Enfim, o simples fato de o embargante ter exercido o cargo de Diretor de Marketing **não lhe conferia a posse para dispor dos recursos DE TERCEIROS,** do Fundo de Incentivo Visanet, **de natureza privada.** Logo, **inexistente o ato de ofício para a prática do crime de peculato.**

4. Uma vez que a relação entre o Banco do Brasil S/A e o Fundo de Incentivo Visanet é uma relação privada, reconhecida pelo próprio Banco mediante os diversos pareceres jurídicos acima citados, tal relação fora formalizada mediante um contrato de natureza privada. Este contrato, formalizado mediante o Regulamento do Fundo de Incentivo Visanet, determinava, para todos os acionistas, que indicasse o seu **representante legal,** denominado **GESTOR,** como **única pessoa responsável e com poderes para representar e apresentar propostas de ações de incentivo – campanhas publicitárias.** Este **GESTOR,** como **representante legal do Banco junto ao Fundo Visanet é quem passaria a ter o poder de solicitar o pagamento,** logo, **a posse dos recursos junto ao Fundo.**

No **APENSO 356, FLS. 9648 a 9640** dos autos, encontra-se o Regulamento do Fundo de Incentivo Visanet que diz expressamente:

Regulamento do Fundo de Incentivo Visanet

IV.1 – INDICAÇÃO DO GESTOR DO FUNDO DE INCENTIVO VISANET

O **representante legal com poderes para apresentar o respectivo Acionista Visanet junto à própria Visanet** deve **preparar uma carta indicando formalmente um Gestor do Fundo de Incentivo.**

e) **Somente a pessoa indicada pelo representante legal para ser o Gestor do Fundo de Incentivo Visanet terá poderes para:**

(i) **preparar, assinar e encaminhar à Visanet as propostas de Ações de Incentivo;**

(ii) **preparar memorando e documentos solicitando o pagamento ou reembolso de despesas;**

- (iii) colher todas as aprovações necessárias de acordo com a Política Interna do próprio Incentivador;
- (iv) prestar oficialmente os esclarecimentos pedidos quando da análise da Ação de Incentivo pelo Comitê Gestor;
- (v) outras atribuições para utilização e controle dos recursos do Fundo de Incentivo.

Como se verifica, pelo contrato firmado entre o Banco do Brasil S/A e o Fundo de Incentivo Visanet, determinava que o primeiro deveria **EXPRESSAMENTE INDICAR O SEU REPRESENTANTE LEGAL JUNTO À VISANET, COM PODERES, LOGO A POSSE, dos recursos.**

Conforme apresentado em defesa, a **relação contratual** entre o Banco do Brasil S/A junto ao Fundo Visanet **se dava através de UMA DIRETORIA ESPECÍFICA.** Como comprovado nos autos, através do Laudo de Exame Contábil 2828/2006-INC de 20/12/2006, resultado da perícia realizada na CBMP/Visanet, decorrente da Ação Cautelar nº 1.258-9 (busca e apreensão), deferida pelo Ministro Relator Joaquim Barbosa, constante no **APENSO 142, FL. 115,** esta **DIRETORIA ERA A DIRETORIA DE VAREJO:**

Laudo de Exame Contábil 2828/2006-INC (20/12/2006)

2. A quem competia fazer o gerenciamento dos recursos do Fundo de incentivo Visanet, repassados a DNA Propaganda Ltda.?

194. Dessa forma, sem desconsiderar a responsabilidade da Visanet, por meio do Conselho de Administração, o gerenciamento dos valores repassados à DNA era de responsabilidade do Banco do Brasil S.A. Assim, era indicado pelo Banco, como única pessoa responsável, um “Gestor do Fundo de Incentivo” para cuidar dos assuntos relacionados às Ações do Fundo de Incentivo. O Banco do Brasil indicava o gestor por meio de correspondência assinada pelo diretor de varejo, a saber:

Quadro 15: Gestores do Fundo – 2001 a 2005

Diretor de Varejo	Gestor	Período
Ricardo de Barros Vieira	Leandro José Machado	01/06/2001 a 19/08/2002
Aires Hypólito	Léo Batista dos Santos	19/08/2002 a 19/04/2005
Paulo Euclides Bonzanini	Rogério Sousa de Oliveira	19/04/2005 a 25/07/2005
Paulo Euclides Bonzanini	Antônio Carlos Correia	A partir de 25/07/2005

Observe-se que o representante legal do Banco do Brasil S/A – GESTOR, desde a criação do Fundo, no ano de 2001, até o ano de 2005, ano em que foi extinto, **SEMPRE FOI INDICADO PELO DIRETOR DE VAREJO DO BANCO DO BRASIL S/A** (A Diretoria de Varejo era a diretoria vinculada à área de cartões de crédito/débito dentro do Banco do Brasil S/A).

Ressalte-se que o Laudo 2828/2006 afirma expressa e textualmente que o representante legal do Banco do Brasil S/A – GESTOR – indicado pelo Banco do Brasil S/A era a “única pessoa responsável” para “cuidar dos assuntos relacionados às Ações do Fundo de Incentivo.

A indicação do representante legal do Banco do Brasil S/A – GESTOR, junto ao Fundo de Incentivo Visanet era efetuada de forma **DIRETA E EXPRESSA MEDIANTE “correspondência assinada pelo diretor de varejo”**. Em outras palavras, **a posse dos recursos junto ao Fundo de Incentivo Visanet estava vinculada à DIRETORIA DE VAREJO QUE, POR ATO DELEGADO EXPRESSO TRANSFERIA PARA OUTRO FUNCIONÁRIO DO BANCO DO BRASIL S/A.**

Uma vez que relação entre os empregados do Banco do Brasil S/A regidos pela CLT ao qual se integra o Livro de Instruções Codificadas – LIC somente podem atuar, representar o Banco por determinação legal, a representação legal não se presume, a atuação, como representante legal junto ao Fundo somente poderá ocorrer mediante ato de delegação de poderes. Em outras palavras, **somente o empregado do Banco do Brasil investido de poderes expressos.**

Ressalta-se que a indicação do representante legal do Banco do Brasil S/A – GESTOR junto ao Fundo de Incentivo Visanet, como afirmou o Laudo 2828/2006, sempre fora efetuada de forma expressa. Estas indicações,

encontram-se nos autos, no **APENSO 400, FL. 22491, APENSO 430 PASTA BB CONTABILIDADE FL. 5**, vejamos:

Carta de Indicação do Gestor (19/08/2002)
(Apenso 400 fl 22491)

Brasília(DF), 19 de agosto de 2002

A
Companhia Brasileira de Meios de Pagamento

Prezados Senhores,

Fazemos referência ao Regulamento de Constituição e Uso do Fundo de Incentivo Visanet que tem por objetivo o uso de recursos para promoção da marca VISA no Brasil e o uso dos cartões com a bandeira Visa.

Para os fins da cláusula IV.1 do referido Regulamento, que determina a indicação de um representante para cuidar dos assuntos relacionados às Ações de Incentivo deste signatário, indicamos, para substituir **Leandro José Machado, Léo Batista dos Santos**, que será o gestor do Fundo de Incentivo e a única pessoa responsável até que façamos nova indicação em substituição, por escrito.


Aires Hypólito
Diretor de Varejo

Banco do Brasil S.A.
Quadra 4 Bloco A Edifício Sede I - 9º andar
Setor Bancário Sul
Tel: (061) 310-1300
e-mail: hypolito@bb.com.br

Carta de Indicação do Gestor (27/02/2003)
(Apenso 430 pasta BB contabilidade 2003 fl 5)

Brasília(DF), 27 de fevereiro de 2003.

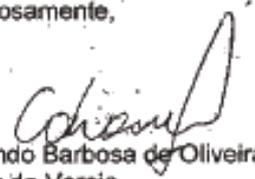
A
Companhia Brasileira de Meios de Pagamento

Prezados Senhores,

Fazemos referência ao Regulamento de Constituição e Uso do Fundo de Incentivo Visanet que tem por objetivo o uso de recursos para promoção da marca VISA no Brasil e o uso dos cartões com a bandeira Visa.

Para os fins da cláusula IV.1 do referido Regulamento, que determina a indicação de um representante para cuidar dos assuntos relacionados às Ações de Incentivo deste signatário, indicamos **Léo Batista dos Santos**, que será o gestor do Fundo de Incentivo e a única pessoa responsável até que façamos nova indicação em substituição, por escrito.

Atenciosamente,


Fernando Barbosa de Oliveira
Diretor de Varejo

Banco do Brasil S.A.
Quadra 1 Bloco A s/no.
Setor Bancário Sul 9º andar
Tel: (061) 310-1300
e-mail: fernandobr@bb.com.br

O **representante legal – GESTOR** do Banco do Brasil S/A junto ao Fundo de Incentivo Visanet, **no período de 2002 a 2005** foi **LÉO BATISTA DOS SANTOS**. Sendo ele o único representante legal – GESTOR do Banco do Brasil S/A junto ao Fundo Visanet, ele, exclusivamente, detinha os poderes conferidos pela Cláusula IV.1. item “e”: **“somente a pessoa indicada pelo representante legal para ser gestor do Fundo de Incentivo Visanet terá poderes para (i) preparar, assinar e encaminhar as propostas de ações de incentivo...”** Ou seja, era **LÉO BATISTA DOS SANTOS**, que tinha os PODERES pela utilização dos recursos do Fundo, como representante legal do Banco do Brasil S/A.

Conforme ficou **comprovado** pelo Laudo 2828/2006:

...
59. Em 13/02/2004, na mesma data do encaminhamento da proposta de JOB BB0004/2004, a DNA emitiu a nota fiscal nº. 037402 e respectiva duplicata com vencimento contra apresentação, no valor de R\$35.000.000,00. Essa nota foi enviada à Visanet, em 04/03/2004, por meio de correspondência assinada por Léo Batista dos Santos.

61. Em 13/05/2004, data da elaboração do JOB BB0004/2004, a DNA emitiu a nota fiscal nº. 039179 e respectiva duplicata com vencimento contra apresentação, no valor de R\$9.097.024,75. Essa nota foi enviada à Visanet, em 18/05/2004, por meio de correspondência assinada por Léo Batista dos Santos. ✓

Está comprovado que todas as JOBS (campanhas publicitárias) no período de 2003 a 2004, **foram encaminhadas pelo representante legal** do Banco do Brasil S/A – GESTOR, à Visanet por **LÉO BATISTA DOS SANTOS**.

As solicitações para que a Visanet pagasse à agência DNA foram encaminhadas pelo mesmo representante legal – GESTOR do Banco do Brasil S/A – Sr. **LÉO BATISTA DOS SANTOS**.

O Laudo 2828/2006, também comprovou que quem enviou correspondência e nota à Visanet para pagamento à agência DNA foi DOUGLAS MACEDO, GERENTE EXECUTIVO DA DIRETORIA DE VAREJO DO BANCO DO BRASIL S/A, vejamos:

...

55. Com um dia após ter sido encaminhada a proposta de JOB BB0003, a DNA emite a nota fiscal nº. 029061, de 08/05/2003, e respectiva duplicata com vencimento contra apresentação, faturando seus serviços em R\$23.300.000,00. Essa nota foi enviada à Visanet, em 12/05/2003, por meio de correspondência assinada por Douglas Macedo.

57. Em 11/11/2003, quatro dias após o encaminhamento da proposta de JOB BB0021, a DNA emite a nota fiscal nº. 033997 e respectiva duplicata com vencimento contra apresentação, faturando serviços da DNA em R\$6.454.331,43. Essa nota foi enviada à Visanet, em 17/11/2003, por meio de correspondência assinada por Douglas Macedo.

Conforme comprovado pelo Laudo 2828/2006, todas as quatro solicitações de pagamentos que totalizam de R\$ 73.851.536,18, **NÃO TIVERAM PARTICIPAÇÃO DO EMBARGANTE**.

RESSALTO, que o LAUDO 2828/2006, EM NENHUMA DE SUAS 43 PÁGINAS CITARAM O NOME DE HENRIQUE PIZZOLATO. EM MOMENTO ALGUM DO LAUDO ELES SE REFEREM A HENRIQUE PIZZOLATO.

5. PORTANTO, ESTÁ PROVADO PELO LAUDO 2828/2006, que a relação entre o Banco do Brasil S/A e o Fundo Visanet era efetuado por representante legal – GESTOR, devidamente nomeado pelo DIRETOR DE VAREJO.

DAS NOTAS TÉCNICAS
DA AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO JURÍDICA E DE ATO DE OFÍCIO

6. Outra omissão que encontramos no v. acórdão é quanto a natureza jurídica atribuídas às Notas Técnicas. Em momento algum do v. acórdão é fundamentado qual a natureza jurídica das referidas Notas Técnicas, ou seja, se as mesmas são vinculativas, aonde está prevista a natureza vinculativa. E ainda, se as mesmas têm natureza jurídica de ordem de pagamento.

7. A natureza jurídica das Notas Técnicas são de fundamental importância para a configuração típica do peculato.

8. Isto porque, afirma o v. acórdão que “a Visanet só enviou recursos à DNA Propaganda por determinação do Banco do Brasil, acionista do Fundo” (v. acórdão, fl. 52.356).

8.1. Posteriormente, afirma que “Os repasses milionários à agência controlada por MARCOS VALÉRIO e seus sócios foram determinadas por meio de Notas Técnicas comandadas pela Diretoria de Marketing do Banco do Brasil, no uso dos recursos da instituição, como acionista do Fundo”(v. acórdão, fl. 52.356). E mais, afirma que “os depósitos de R\$ 73.851.536,18 na conta da DNA Propaganda só ocorreram porque assim determinou o réu HENRIQUE PIZZOLATO, responsável maior pela verba de marketing e publicidade do Banco do Brasil, em razão do cargo que ocupava”(v. acórdão, fl. 52.356).

9. Conforme exposto acima a relação jurídica existente entre o Banco do Brasil e a Visanet era de natureza contratual privada. Portanto, suas normas e regras estavam devidamente previstas no Regulamento do próprio Fundo Visanet que obrigavam todas as partes. Como comprovado acima, inclusive pelo Laudo 2828/2006, a Diretoria responsável no Banco do Brasil S/A para cuidar dos seus

interesses junto ao Fundo Visanet era a **DIRETORIA DE VAREJO**. O **representante legal – GESTOR do Banco do Brasil S/A junto ao Fundo Visanet, indicado pelo DIRETOR DE VAREJO**, é quem detinha os **poderes** de forma exclusiva, dos recursos do Fundo, conforme comprovado e citado acima pelo Laudo 2828/2006 e o Regulamento do Fundo Visanet. Logo, **detinha a posse dos recursos**.

Por esta razão, a omissão do v. acórdão de fundamentar a natureza jurídica das Notas Técnicas fixando, conseqüentemente, o seus efeitos normativos internos, gera a contradição entre as provas produzidas pelo Regulamento do Fundo Visanet, pelo Laudo 2828/2006, que afirmam que quem encaminhou e determinou os pagamentos para a agência DNA Propaganda foi **o representante legal do Banco do Brasil S/A – GESTOR**, indicado pelo Diretor de Varejo, Sr. **LÉO BATISTA DOS SANTOS e o gerente executivo da diretoria de varejo DOUGLAS MACEDO**.

10. Sendo assim, **para sanar a omissão** quanto a natureza jurídica das Notas técnicas, **há que se levar em consideração os fundamentos postos pela defesa** e diga-se, **NÃO IMPUGNADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**.

10.1. No Banco do Brasil, quando uma diretoria comunica-se com outra é feita uma NOTA TÉCNICA, ou seja, um documento que formaliza esta comunicação. Estes documentos são SEMPRE assinados por, no mínimo, 2 (dois) funcionários do Banco do Brasil.

As Notas Técnicas em questão, são quatro documentos cuja a 1ª folha informava tratar-se de um aporte de dinheiro/recursos do Fundo de Incentivo Visanet o qual, não impactava o orçamento do Banco do Brasil (recursos que não pertenciam ao BB). No item “Análise”, das Notas Técnicas, descrevia-se o objetivo, que em síntese, era fortalecer a marca Ourocard vinculada à marca Visa no BB; os resultados positivos já alcançados anteriormente; a agência de publicidade que estava desenvolvendo a campanha; o valor que estaria sendo disponibilizado pelo FIV, que **este valor seria utilizado para a campanha de cartões, conforme demanda a ser**

apresentada pela Diretoria de Varejo; a agência que realizaria a campanha e seria paga pela Visanet.

No caso dos recursos provenientes do Fundo de Incentivo Visanet, as notas técnicas indicavam que **a)** As duas (2) diretorias (Varejo e Marketing) tomavam ciência da existência de recursos do Fundo Visanet; **b)** A diretoria de Marketing **concordava** em **disponibilizar** recursos humanos e materiais para execução de campanhas para promoção dos cartões Visa. **c)** apontava o desenvolvimento de marketing (campanha tal).

Estes fatos foram devidamente comprovados pelos depoimentos de testemunhas ouvidas em juízo, sob o crivo do contraditório, e, reafirma-se, não impugnados pelo MP. Portanto, ficou devidamente provado que a prática jurídica das Notas Técnicas não tem o poder de determinar ou autorizar pagamento e que jamais foram assinadas isoladamente. Cito abaixo o **depoimento** do Sr. **Claudio de Castro Vasconcelos, funcionário do Banco do Brasil S/A por 25 (vinte e cinco) anos e que trabalhou na DIMAC – Diretoria de Marketing e Comunicação:**

esclareceu que **Nota Técnica DIMAC é nota exclusivamente da Diretoria de Marketing e Comunicação e DIREV é a Diretoria de Varejo**, sendo uma Nota Técnica DIMAC/DIREV **uma nota onde haveria a assinatura do comitê da Diretoria de Marketing e do Comitê da Diretoria de Varejo do Banco**; Exibido ao depoente o **volume 25 dos autos, e várias Notas Técnicas** constantes do mesmo, **algumas com a assinatura do depoente, o mesmo reconheceu as notas técnicas e as assinaturas e esclareceu: No Banco do Brasil, não existem decisões individualizadas. Todas as decisões são por comitê.** Então, **a primeira decisão é da divisão, depois vai para a gerência executiva, para a diretoria e, dependendo do valor, pode subir até ao conselho diretor do banco.** Rapidamente, pelo que eu vi, **essa nota foi submetida ao conselho diretor do Banco do Brasil, pelo valor do dispêndio (Nota Técnica nº 0711, fls. 5305 do vol. 25).** Ela foi, **primeiro, aprovada no comitê da Diretoria de Marketing, depois no comitê de comunicação, de que fazem parte outros diretores da**

empresa e, por fim, no conselho diretor do Banco onde participam o presidente e o vice-presidente do banco. Na Diretoria de Marketing, quatro pessoas; no comitê de comunicação; se não me engano, são nove diretores; no conselho diretor do banco, tenho a impressão de que são o presidente e mais sete vice-presidentes. Posso estar enganado nos números. Apresentada ao depoente na Nota Técnica DIMAC 1116, de fls. 5355 do Vol. 25, reconheceu sua assinatura, a aprovação pelo comitê da Diretoria de Marketing, pelo comitê de comunicação do banco e pelo conselho diretor, esclarecendo que estas aprovações envolvem, mais ou menos, umas vinte pessoas. Nesse caso, a aprovação era submetida à Visanet, uma vez que os recursos eram oriundos do fundo emissor Visanet. Por isso que era aprovado pelo banco, porque era um produto do banco, era um cartão de crédito do Banco do Brasil, e era aprovado também pela Visanet, porque estava dito no regimento do fundo Visanet que toda campanha em que fossem utilizados os recursos do fundo deveria ser aprovada pela Visanet (que é a Companhia Brasileira de Meios de Pagamento); perguntado, confirmou, ainda, que os recursos empregados nas campanhas publicitárias do fundo Visanet eram recursos da Companhia Brasileira de Meios de Pagamento e não eram recursos do Banco do Brasil. Apresentada ao depoente a Nota Técnica DIMAC/DIREV nº 1.141 de fls. 5.375 do vol. 25 dos autos, confirmou sua assinatura e a assinatura de Douglas Macedo, da Diretoria de Varejo. Perguntado: Em algum caso era possível a Henrique Pizzolato assinar e, autorizar sozinho qualquer verba de publicidade e propaganda, seja a verba do próprio Banco do Brasil, seja a verba da Visanet? Respondeu: Como eu, disse anteriormente, no Banco do Brasil, as decisões são todas colegiadas. Nem o presidente do banco toma decisões isoladas. Apresentadas ao depoente outras Notas Técnicas constantes do volume 25, em todas elas esclareceu o depoente que a aprovação da campanha publicitária envolvia diversos níveis de órgãos colegiados do banco, várias com a participação de cerca de dez ou vinte pessoas e ainda que os pagamentos eram diretamente feitos pela CBMP para a DNA, não transitando o dinheiro por contas do Banco do Brasil. A testemunha confirmou, ainda, o sucesso das campanhas publicitárias desenvolvidas pela DNA que colocaram o Banco do Brasil na liderança do faturamento de cartões de crédito entre os bancos associados à VISANET (fls. 30.452/30.462 - vol. 141)

As testemunhas ouvidas pela defesa, e que cujos depoimentos não foram considerados pelo v. acórdão, confirmaram que a natureza jurídica das Notas Técnicas **são a de transferir informações internas.**

Por esta razão, é que nas Notas Técnicas **contêm tão somente o “DE ACORDO”** tanto do embargante, como do Diretor de Varejo. Ou seja, houve apenas e tão somente **uma anuência de acordo de trabalho previamente desenvolvido pela área técnica do Banco do Brasil S/A.**

Comprovado está que a Nota Técnica não tem natureza jurídica de determinação de obrigações e não vinculam nenhum outro funcionário. Não se trata de **ORDEM DE PAGAMENTO. Não pode ser considerada como ato de ofício.**

10.1.1. Deve, assim, esta C. Corte sanar a omissão existente quanto a fixação da natureza jurídica da Nota Técnica para **efeito de configurar ato de ofício.** Deverá consignar ainda, se a Nota Técnica tem efeito vinculante e qual o normativo interno do Banco estabelece os seus efeitos.

10.1.2. Deverá ainda, esta C. Corte, diante da contradição apontada entre os efeitos normativos do ato de ofício praticado pelo representante legal – GESTOR do Banco junto ao Fundo Visanet que encaminhou e solicitou o pagamento, em nome do Banco do Brasil, ao Fundo Visanet para a empresa DNA Propaganda e a Nota Técnica em que o embargante conferiu apenas um “DE ACORDO” , de forma colegiada.

10.2. Há que se ressaltar, por oportuno, na medida em que o v. acórdão não teceu qualquer fundamento quanto as existência de atuação para a assinatura das Notas Técnicas de outros funcionários do Banco, que as quatro notas

técnicas, **SEMPRE foram assinadas por quatro pessoas: dois diretores - Varejo e Marketing - e dois Gerentes Executivos** destas respectivas diretorias.

A nota técnica nº 1141/2003¹⁶, 05/005/2003, R\$23.300.000,00, foi assinada por:

Fernando Barbosa de Oliveira.....Diretor de Varejo
Henrique Pizzolato.....Diretor de Marketing
Douglas Macedo.....Gerente Executivo de Varejo
Cláudio de Castro Vasconcelos....Gerente Executivo de Marketing

A nota técnica nº 3281/2003¹⁷, 03/11/2003, R\$6.454.331,43, foi assinada por:

Fernando Barbosa de Oliveira.....Diretor de Varejo
Cláudio de Castro Vasconcelos....Diretor de Marketing E.E.
Douglas Macedo.....Gerente Executivo de Varejo
Carlos A. R. Figueiredo.....Gerente Executivo de Marketing

A nota técnica nº 0251/2004¹⁸, 20/01/2004, R\$35.000.000,00, foi assinada por:

Douglas Macedo.....Diretor de Varejo E.E.
Henrique Pizzolato.....Diretor de Marketing
Léo Batista dos Santos.....Gerente Executivo de Varejo E.E.
Cláudio de Castro Vasconcelos....Gerente Executivo de Marketing

A nota técnica nº 1410/2004¹⁹, 11/05/2004, R\$9.097.024,75, foi assinada por:

Paulo Bonzanni.....Diretor de Varejo
Henrique Pizzolato.....Diretor de Marketing

¹⁶ Volume 25 fls 5376/5377.

¹⁷ Volume 25 fls 5380/5380.

¹⁸ Volume 25 fls 5383/5384.

¹⁹ Volume 25 fls 5387/5388.

Douglas Macedo.....Gerente Executivo de Varejo

Cláudio de Castro Vasconcelos....Gerente Executivo de Marketing

Constata-se que **Sete** funcionários distintos do Banco do Brasil **assinaram estes documentos**, mas somente HENRIQUE PIZZOLATO foi responsabilizado criminalmente por este ato. **RESSALTE-SE** que a nota técnica nº 3281/2003, **NÃO foi assinada por Henrique Pizzolato, mas, este foi responsabilizado criminalmente por ato que não cometeu.**

Está comprovado que o embargante nunca autorizou ou determinou isoladamente, sozinho, qualquer repasse, quer oriundo do Banco do Brasil S/A quer do FundoVisanet, pelo fato de que é **IMPOSSÍVEL, dentro do sistema do Banco do Brasil S/A, uma tomada de decisão isolada, individual.**

Ressaltamos, por oportuno, que as Notas Técnicas citadas pelo MP, pelo Eminentíssimo Ministro Relator e entregue em copia pelo Eminentíssimo Ministro Revisor, **constam mais de uma assinatura, incluindo o Diretor de Varejo.** Portanto, não há posição isolada do embargante.

Observe-se que as várias Notas Técnicas do Banco do Brasil que foram produzidas pela DIMAC – Diretoria de Marketing e Comunicação e/ou pela Diretoria de Varejo – DIREV que constam do volume 25 e do volume 110 ao volume 129 dos autos, constata-se que sempre, ao final de uma Nota Técnica, há aprovação, com várias outras assinaturas, por diretorias, comitês e ou Conselho Diretor. Ou seja, a aprovação de uma Nota Técnica, inclusive as quatro citadas na denúncia atribuída exclusivamente ao embargante, teve a aprovação entre 4 (quatro).

10.2.1. Tendo em vista haver outras pessoas envolvidas na assinatura das referidas Notas Técnicas, caso a mesma seja considerada por esta C. Corte tratar de ato de ofício, se **NÃO ESTARIA CARACTERIZADA A COAUTORIA DOS DEMAIS FUNCIONÁRIOS QUE A ASSINARAM** e, conseqüentemente, afastar a imputação do crime de peculato do ora embargante.

10.3. Como já demonstrado acima a doutrina e a jurisprudência exigem como essencial para a caracterização típica do peculato a existência de conduta do agente vinculada a determinado **ato de ofício que esteja inscrito em sua esfera de atribuições funcionais.** Entre as atribuições do diretor de Marketing não há a de representar legalmente o Banco do Brasil enquanto GESTOR do Fundo Visanet. Portanto, não há ato de ofício vinculado ao seu cargo para dispor, determinar ou autorizar a liberação de recursos diretamente junto ao Fundo Visanet.

10.4. Afirmou o v. acórdão que “Embora o Sr. HENRIQUE PIZZOLATO não fosse o gestor do Banco do Brasil junto ao Fundo Visanet [58], a atuação desse gestor **dependia da sua prévia autorização,** por meio de notas técnicas, nas quais o Sr. HENRIQUE PIZZOLATO **indicou a DNA Propaganda como favorecida.** (v. acórdão, fls . 52.359)

10.4.1. Aqui encontramos novamente a contradição e a omissão.

Conforme exposto acima, a relação existente entre o Banco do Brasil e o Fundo Visanet era feita por GESTOR legalmente indicado. Este Gestor, como ficou comprovado pelo Regulamento do Fundo **tinha total autonomia para acatar ou não uma proposta de trabalho elaborada por Nota Técnica.**

10.4.1.2. Deve, assim, ser sanada a omissão e contradição para apontar, fundamentadamente, em qual normativo do Banco que determina a dependência prévia para a liberação dos recursos do Fundo Visanet, uma vez que a Nota Técnica não é, normativamente, documento de autorização ou determinação de pagamento. E ainda, qual a norma interna do banco que estabelece hierarquia ou subordinação do representante legal – GESTOR do Fundo ao Diretor de Marketing, na medida em que era nomeado pelo Diretor de Varejo.

DA AUSÊNCIA DE CONTRATO ENTRE O BANCO DO BRASIL S/A E A AGÊNCIA DNA PROPAGANDA REFERENTE AO FUNDO VISANET

11. Afirma o v. acórdão embargado que “Vários são os motivos pelos quais os recursos não poderiam ter sido repassados à DNA Propaganda”, cita que “o contrato firmado entre o Banco do Brasil e a agência DNA Propaganda não previu o repasse desses recursos”. (v. acórdão, fls. 52.359).

11.1. Aqui encontramos omissão e contradição.

11.2. Ao contrário do que afirma o v. acórdão, com o devido respeito, havia sim contrato que autorizava o uso dos recursos do Fundo Visanet. Trata-se do Regulamento de Constituição e Uso do Fundo de Incentivo Visanet, que se encontra nos autos.

Os recursos disponibilizados pelo Fundo de Incentivo Visanet, de propriedade da empresa privada CBMP/Visanet **eram disponibilizados a todos os incentivadores** (bancos associados/parceiros da CBMP) para serem utilizados, exclusivamente, em ações de incentivo para “vender” a marca VISA de propriedade da multinacional Visa Internacional e somente poderiam ser utilizados pelos incentivadores/bancos parceiros **desde que respeitadas as regras definidas pelo REGULAMENTO DE CONSTITUIÇÃO E USO DO FUNDO DE INCENTIVO VISANET**, “*desde que se sujeitem às condições ora estabelecidas pelo Regulamento*”, conforme Cláusula VI.2 do Regulamento do Fundo.

Assim **TODOS** os bancos, incluindo o Banco do Brasil **estavam sujeitos a este Contrato/ Regulamento do Fundo Visanet**, como afirmaram os pareceres jurídicos do Banco do Brasil:

- **BB – Parecer DIJUR-COJUR/COTRI nº 81 (31/05/2004)**
(Vol. 116 fl. 25300 a 25308)

6. Com efeito, ao menos o Fundo relativo ao Exercício de 2004, que nos foi enviado em anexo à consulta, foi formalizado por meio de um Regulamento aprovado pela própria Visanet, através do seu Conselho de Administração, ou seja, trata-se de declaração unilateral de vontade na qual a Visanet obriga-se a utilizar os recursos do Fundo para o pagamento das ações de incentivo apresentadas pelos "incentivadores", desde que atendidas as condições previstas no Regulamento. A minuta básica do Regulamento foi analisada por intermédio da Nota Jurídica CONSU nº 850 AJ, de 28.09.2001.

9. Muito embora o Banco seja o beneficiário direto (o beneficiário indireto será sempre a Visanet, pois o incremento de receitas com a marca VISA também beneficia a Visanet) dos serviços/atividades/produtos relacionados às ações de incentivo catalogadas na cláusula "III.4 – Ferramentas Mercadológicas" do Regulamento, ele o é na condição de terceiro. Vale dizer, não é considerado como parte da relação contratual firmada entre o fornecedor e a Visanet, de onde exsurge o dever desta última de pagar àquele a quantia correspondente ao serviço/atividade/produto voltado para a promoção/incremento da marca Visa. Em sendo assim, se o Banco não é a parte contratante e não é a pessoa obrigada juridicamente ao pagamento, não há que se falar na necessidade de registro (trânsito) dos valores em sua contabilidade.

10. Denominado de "Estipulação em Favor de Terceiros", o contrato firmado entre a Visanet e o fornecedor em benefício direto de um terceiro (Banco) encontra guarida no Direito Brasileiro, mais precisamente nos arts. 436 *usque* 438, do Código Civil. Tal espécie de contrato não reclama uma formalidade, ou seja, não precisa ser escrito para se aperfeiçoar, bastando o mero consentimento das partes. Eis o que diz o art. 436, *caput*, e o seu parágrafo único, do Código Civil:

"Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pôde exigir o cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigí-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438".

- **BB - Nota jurídica DIJUR-COJUR/CONSU nº 004715, 30/08/2004 (Apenso 351 fls8817 a 8813)**

~~19. Rigorosamente, pois, que nos parecer que o Fundo, formalmente, foi ou é anualmente criado por deliberação do Conselho de Administração da Visanet, anteriormente ao estabelecimento das regras de sua utilização, seja na forma de "Convênio", seja na forma de "Regulamento".~~

~~28. Quando se tratar de ação de incentivo total e exclusivamente lastreada com recursos do Fundo, nosso entendimento é o de que não se aplica a Lei 8.666/93, de modo que, na óptica desse diploma legal, não vislumbramos riscos legais.~~

~~30. As contratações não regidas pela Lei de Licitações, podem ser verbais ou escritas.~~

Observe-se que a Consultoria jurídica do Banco determinou, como condução dos atos administrativos, a partir da análise do Regulamento do Fundo Visanet, que todos os serviços prestados deveriam ter seu pagamento efetuado diretamente pelo Fundo Visanet. Afirmou, como demonstrado acima que **“se o Banco não é a parte contratante e não é a pessoa obrigada juridicamente ao pagamento, não há que se falar na necessidade de registro (trânsito) dos valores em sua contabilidade”** (o realce é meu - **Apenso 351 fls8817 a 8813**).

Não é exagero ressaltar novamente que o banco, em seu Parecer Jurídico – **DIJUR-COJUR/COTRI nº 81, de 31 de maio de 2004, afirmou** que **“o contrato firmado entre a Visanet e o fornecedor em benefício direto de um terceiro (Banco) encontra guarida no Direito Brasileiro, mais precisamente nos arts. 436 usque 438, do Código Civil. Tal espécie de contrato não reclamada formalidade, ou seja, não precisa ser escrito para se aperfeiçoar, bastando o mero consentimento das partes”**

Portanto não procede a afirmação do v. acórdão de que o pagamento efetuado diretamente pelo Fundo Visanet à agência de DNA Propaganda, encaminhado diretamente pelo representante legal – GESTOR do Banco junto ao Fundo Visanet, que não é o embargante, é ilegal e o foi de maneira dolosa.

Está demonstrado, portanto, que havia determinação do Jurídico do Banco para que tal ato se realizasse.

11.2.1. O Fundo Visanet foi criado no ano de 2001. Em todo o período de existência do Fundo (2001 a 2005), vigorou como referencial básico o Regulamento do Fundo Visanet. A própria Auditoria Interna do Banco, que se encontra no Volume 25, fls. 5226 a 5241, afirmou que:

- **BB – Auditoria Interna (07/12/2005)**
- **(Vol. 25 fls. 5226 a 5241a)**

5.2.2 Nesse período, na ausência de definições formais acerca dos direcionamentos estratégicos, como tipos de eventos ou ações que poderiam ser patrocinados, vigorou como referencial básico o Regulamento de Constituição e Uso do Fundo de cada exercício.

Assim, contrariamente do que fora afirmado no acórdão embargado, existia, sim um contrato que amparava a forma de uso dos recursos do Fundo de Incentivo Visanet. O Banco do Brasil, firmou posicionamento normativo, através dos pareceres jurídicos, que vinculam a conduta dos administradores que “*o Fundo Visanet foi formalizado por meio de um Regulamento e, por declaração unilateral de vontade, a Visanet obrigava-se a utilizar os recursos do Fundo para o pagamento das ações de incentivo, desde que atendidas as condições previstas no Regulamento.*”

A Visanet, proprietária dos recursos do Fundo, avocou o direito e o dever de averiguar a correta utilização destes recursos e sua aprovação. De

acordo com o Regulamento/Contrato do Fundo de Incentivo Visanet, o Conselho de Administração da Visanet definia e aprovava, anualmente, os recursos que compunham o Fundo Visanet; **a aprovação das propostas**, ações de incentivo, **era feita pela Diretoria de Marketing da Visanet**, conforme definido em seu Regulamento:

a política de aprovação para pagamento de documentos fiscais será a Política Interna de Alçadas da PRÓPRIA Visanet.

Consignando ainda que

Faz parte das atribuições do Comitê Gestor e do Conselho de Administração da Visanet a averiguação de que os recursos do FIV sejam utilizados de acordo com a diretrizes e estratégias de negócio e as condições deste Regulamento.

Todos os pareceres jurídicos emitidos pelo Banco do Brasil **ratificaram a forma de pagamento das ações de incentivo, mediante faturamento diretamente à Visanet:**

- **BB – Parecer DIJUR-COJUR/COTRI nº 81 (31/05/2004)**
(Vol. 116 fl. 25300 a 25308)

3. Nessa última Nota, citando a cláusula "IV.6" do Regulamento do Fundo, indica as duas formas de pagamento das despesas com tais ações de incentivo, abaixo transcritas, **salientando que o Banco utiliza a primeira delas:**

- I. ~~CBMP (Visanet) paga diretamente à empresa executora;~~
- II. ~~o Banco (incentivador) efetua pagamento diretamente a empresa executora e é reembolsado pela CBMP (Visanet).~~

8. Ratificando a conclusão constante da letra "c" do item 7 do Parecer COJUR/CONSU nº 12.982, não há óbices jurídicos (inclusive tributários) para que o pagamento das ações de incentivo seja realizado mediante faturamento diretamente à Visanet, sem ingresso/trânsito de recursos pelo BB. Ou seja, a alternativa de utilização dos recursos adotada pelo Banco, desde que os pagamentos sejam efetivamente faturados contra a Visanet (aspecto que será melhor abordado adiante), não representa descumprimento de princípios fisco-tributários.

13. Em suma, como o pagamento (decorrente do faturamento contra a Visanet) é efetuado diretamente pela Visanet à empresa fornecedora dos serviços/atividades/produtos relativos às ações de incentivo, evidentemente, não teria sentido lógico-jurídico o ingresso de recursos na contabilidade do Banco (terceiro beneficiário), daí porque o procedimento atualmente existente não viola nenhum princípio ou norma do Direito Tributário.

Da mesma forma a Auditoria Interna do Banco do Brasil, de 07 de dezembro de 2005, concluiu:

- Auditoria Interna do Banco do Brasil, (07/12/2005)
(Vol. 25 parte 1)

7. CONCLUSÕES

7.1 O Fundo de Incentivo Visanet foi criado em 2001 e é mantido com recursos disponibilizados pela Companhia Brasileira de Meios de Pagamento - CBMP, com o objetivo de promover, no Brasil, a marca Visa, o uso dos cartões com a bandeira Visa e maior faturamento para a Visanet. É administrado por um Comitê Gestor - composto pelo Diretor Presidente, Diretor Financeiro e Diretor de Marketing da Visanet.

RELATÓRIO DE AUDITORIA

7.1.3 De acordo com o Regulamento de Constituição e Uso do Fundo de Incentivo Visanet, a CBMP sempre se manterá como legítima proprietária do Fundo, devendo os recursos ser destinados exclusivamente para ações de incentivo aprovadas pela Visanet, não pertencendo os mesmos ao BB Banco de Investimentos e nem ao Banco do Brasil.

Reitere-se, mais uma vez, os recursos do Fundo sempre estiveram em poder da CBMP/Visanet, em conta bancária em nome desta empresa. Os bancos associados não dispunham livremente sobre este dinheiro. O dinheiro do Fundo nunca pertenceu a nenhum banco, muito menos ao Banco do Brasil; o dinheiro pertencia à empresa privada CBMP/Visanet.

O Banco do Brasil, ao encaminhar Ofício para a CPMI dos Correios, **APENSO 407, fl. 24248**, foi enfático ao afirmar que:

5.3 “...A Visanet realizou os pagamentos com base em notas fiscais, previamente à execução do serviço. Cabia a ela autorizar a aprovação das ações de incentivo antes de efetuar os pagamentos (repasses).”

Em outras palavras, o Banco reconhece expressa e formalmente que o pagamento efetuado direto pelo Fundo Visanet **É REGULAR E LEGAL, NÃO HAVENDO QUALQUER DESRESPEITO ÀS SUAS NORMAS E QUALQUER PREJUÍZO.**

11.2.2. Configurado está a omissão e contradição do v. acórdão ao afirmar a inexistência de contrato entre o Banco do Brasil e a DNA Propaganda que previsse o pagamento direto pelo Fundo de Incentivo Visanet para a DNA Propaganda. Os pareceres jurídicos acima transcrito, que se encontram nos autos e que não foram analisados pelo v. acórdão, apontam a contradição do mesmo, razão pela qual, deve ser sanada a omissão e contradição ora apontada.

DAS ANTECIPAÇÕES REALIZADAS

12. O v. acórdão ora embargado afirma ter o embargante efetuado pagamentos antecipados. Afirmou que “as transferências feitas mediante antecipações, pelas quais o banco **repassou, gratuitamente, quase R\$ 74 milhões** [59] para a conta da DNA Propaganda, sem que a agência de publicidade tivesse prestado qualquer serviço”

12.1. No tocante as referidas antecipações tidas por irregulares, deixo o v.acórdão de analisar os documentos e provas que demonstraram que este procedimento era adotado ordinariamente desde o ano de 2001, ou seja, muito antes da gestão do embargante.

O próprio Banco do Brasil, em sua auditoria interna, constante no **APENSO 427, FLS. 29338/29339**, confirmou a existência das antecipações no período anterior à gestão do embargante:

- **BB – Auditoria Interna/Banco do Brasil (28/02/2007)**

Período de 2001 a 2002

2.11. Antecipação de pagamentos a agências de publicidade contratadas pelo Banco, quando da realização de ações de incentivo com recursos do Fundo de Incentivo Visanet, durante o período de 2001 a 2002, sem autorização formal dos escalões detentores das respectivas alçadas decisórias (Comitê de Comunicação e/ou Conselho Diretor) e sem controles que possibilitassem ao Banco acompanhar, em seu âmbito, a comprovação da realização dos eventos pagos antecipadamente às agências de publicidade.

2.11.1. Exemplos:

- a) pagamento realizado em 5.9.2001, no montante de R\$ 13.650.000,00, correspondente aos serviços programados por intermédio da Nota Técnica EMC s/n, de 17.7.2001, vinculada ao JOB 05/2001 – Campanha “Gestos” – Empresa Lowe Lintas & Partners Ltda. (EP 27668 a 27676);
- c) pagamento realizado em 12.6.2002, no montante de R\$ 15.500.000,00, correspondente aos serviços programados por intermédio da Nota Técnica Dimac 2002/0711, de 22.4.2002, vinculada ao JOB 08/2002 – Campanha “Ourocard - Gestos 2002” – Empresa Lowe Ltda. (EP 27721 a 27733);

No Laudo 2828/2006-INC, **APENSO 142, FLS. 77 A 119**, ficou comprovado que no período de 2001 a 2002 ocorreram antecipações para a empresa Lowe Ltda e Koch Tavares:

- **Laudo de Exame Contábil 2828/2006-INC (20/12/2006)**

34. Ademais, os valores repassados a empresa Lowe Ltda., representativos nos anos de 2001 e de 2002, e a Koch Tavares, nos anos de 2002 e de 2004, apresentam as características de adiantamento de recursos observados no caso da DNA. ✓

[...]

50. Em 23/10/2001, em correspondência encaminhada à Visanet, o Gerente Executivo do Banco do Brasil, Leandro José Machado, informa que o BB estaria iniciando campanha de divulgação da função “Electron” dos cartões do banco, elaborada pela agência DNA, no valor de R\$12.798.560,00.

51. Com três dias dessa correspondência, em 26/10/2001, a DNA emite a nota fiscal nº. 018358 e respectiva duplicata no valor de R\$12.798.560,00, com vencimento para 08/11/2001, por serviços que deveriam estar prestados pela DNA, pois, conforme faturado, constavam como custo interno⁶ e não havia ressalvas de faturamento adiantado.

52. Em 02/10/2002, a DNA emite a nota fiscal nº. 025537, e respectiva duplicata com vencimento contra apresentação, no valor de R\$4.500.000,00, por serviços que teriam sido prestados também pela DNA.

53. Cinco dias após a emissão dessa nota, em 07/10/2002, Léo Batista dos Santos, do Banco do Brasil, encaminha à Visanet proposta de JOB BB0021 para avaliação, no valor de R\$4.500.000,00, também de 07/10/2002. Nessa data, a proposta foi aprovada, apesar de não conter detalhamento das ações a serem implementadas, não refletir o faturado pela DNA e ter descrição ampla do objetivo como sendo “*utilizar mídia de massa em âmbito nacional*”. ✓

A omissão do v. acórdão em analisar os documentos acima citados levaram à conclusão, equivocada, de que os adiantamentos realizados seriam irregulares e que somente ocorreram na gestão do embargante. Ora, conforme demonstrado acima, ficou devidamente comprovado que os referidos adiantamentos já ocorriam nos anos de 2001 e 2002. (Agência Lowe)

Frize-se que o Gestor, representante do BB junto ao Fundo Visanet, era a única pessoa responsável que encaminhava e assinava individualmente solicitações para que a Visanet efetuasse pagamentos às agências de publicidade (conforme relatado no Laudo 2828/2006-INC).

A Visanet, conforme disposto no Regulamento do Fundo, tinha instâncias próprias para averiguação da correta utilização dos recursos do Fundo, bem como para realização de pagamentos.

Conforme consta no Ofício encaminhado pelo Banco para a CPMI dos Correios, **APENSO 407, FLS. 24243/24244**, o Banco confirmou que tinha conhecimento das antecipações e que tais atos eram de responsabilidade da Visanet, vejamos:

- **Documento encaminhado pelo Banco do Brasil a CPMI dos Correios**

5.3 “... A Visanet realizou os pagamentos com base em notas fiscais, previamente à execução do serviço. Cabia a ela autorizar a aprovação das ações de incentivo antes de efetuar os pagamentos (repasses).”

5.5 “... A utilização/alocação dos recursos provenientes do Fundo, segundo seu regulamento, depende da aprovação prévia da Visanet, ...”

Em outras palavras, o Banco reconhecia como regular as antecipações já que estavam fundamentadas no Regulamento do Fundo Visanet, que expressamente afirma que os recursos do Fundo sempre estiveram em poder da CBMP/Visanet, em conta bancária em nome desta empresa: “*A política de aprovação para pagamento será a Política Interna de Alçadas da própria Visanet.*”

12.2. Sendo assim, uma vez que os documentos apontados acima não foram analisados pelo v. acórdão embargado e uma vez que o próprio Banco do Brasil se posicionou, formalmente, no sentido de que as antecipações eram regulares por estar razão as mesmas existirem desde o ano de 2001, configura-se contraditório o v.acórdão que afirma que tais antecipações eram irregulares e foram realizadas como mecanismo criminoso.

12.2.1. Deve ser sanada a omissão e contradição apontada para conferir a real subsunção dos fatos às normas, fixando o entendimento de que as antecipações que foram realizadas no período da gestão do embargante foram legais e regulares, conforme entendimento do próprio Banco do Brasil.

DA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DA AGÊNCIA DNA PROPAGANDA

13. Afirmou o v. acórdão embargado, para atribuir o dolo ao embargante, que A demonstrar o dolo de beneficiar a agência do Sr. Marcos Valério, vale salientar que o primeiro repasse antecipado, no valor de R\$ 23,3 milhões, ocorreu em 05 de maio de 2003, momento em que **o contrato da DNA Propaganda com o Banco do Brasil** estava em período de prorrogação, assinada, **exatamente, pelo réu HENRIQUE PIZZOLATO** (fls. 44, Apenso 83, vol. 1), o qual alegou ter seguido “*fielmente as determinações*” superiores (fls. 240, Apenso 81, vol. 2). (v. acórdão, fl. 52360).

Aqui encontramos a omissão e contradição. Isto porque, em momento algum foi analisado as provas produzidas pelo ora embargante.

Como é cediço, as empresas de sociedade de economia mista como o Banco do Brasil estão submetidas à Lei de Licitações – 8666/94. Ora, é público e notório que um processo licitatório não se inicia da noite para o dia. O embargante tomou posse no dia 17 de fevereiro de 2003. Se ocorreu pedido de prorrogação do contrato, como de fato ocorreu, tal pedido não fora por ele solicitado.

Conforme faz prova o documento que ora se junta, por se tratar de documento somente obtido após o julgamento, e não se sabe o porque de o Banco não tê-lo juntado em momento oportuno, a prorrogação do contrato fora autorizado pelo Jurídico do Banco através da Nota Jurídica **DIJUR-COJUR/CONSU N° 2283**. É importante ressaltar que o pedido de prorrogação do contrato ocorreu

através de **NOTA DIMAC nº 2003/401, de 04 DE FEVEREIRO DE 2003, ou seja, no período anterior à posse do embargante.**

É de bom alvitre ressaltar, que ao tomar posse no dia 17 de fevereiro e tendo chegado a informação de que a **NOTA DIMAC Nº 2003/401, de 04 DE FEVEREIRO DE 2003,** tinha sugerido a prorrogação do contrato, o embargante solicitou ao seu gerente executivo, Cláudio de Castro Vasconcelos, que formulasse um parecer ao Jurídico do Banco sobre a possibilidade da prorrogação do referido contrato. Este pedido consta no documento datado de 18 de fevereiro de 2003, conforme faz prova o documento que ora se requer a juntada.

E mais. No **APENSO 83, VOLUME 01,** constam todos os contratos do Banco do Brasil com a DNA. O **original, assinado em março de 2000,** a **primeira prorrogação** de 12 meses, **a partir de 03/2001 até 03/2002,** assinado **por Claudio de Castro Vasconcelos,** a **segunda prorrogação,** de mais 12 meses, a partir de 03/2002, até 21 de março de 2003. E a terceira, com o pedido já formulado pela Diretoria anterior.

Portanto não procede, por ser totalmente contraditório e obscuro, o fundamento do v. acórdão no sentido de que a prorrogação ocorreu mediante favorecimento de vantagem indevida.

13.1. Constatado a omissão, contradição e obscuridade do v. acórdão devem ser sanadas para que as provas sejam devidamente apreciadas e conseqüentemente, reformular a fundamentação para caracterizar a regularidade da prorrogação do contrato sem qualquer favorecimento de vantagem indevida.

DO BÔNUS DE VOLUME

14. Há contradição no v. acórdão no tocante à quem pertence o bônus de volume e a bonificação de volume constante no contrato do Banco do Brasil.

Bônus de volume, pertencentes às agências de publicidade, foram havidos como recursos públicos e enquadrados, erroneamente, no parágrafo único do artigo 15 da Lei nº 12.232/2010, quando, em verdade, se enquadram no artigo 18 da citada Lei.

A concessão de planos de incentivo - bônus de volume - é oferecida de forma facultativa pelos fornecedores e veículos de comunicação às agências de publicidade, portanto, trata-se de uma relação privada e exclusiva entre empresas privadas, deste modo, era de todo impossível ao banco exigir tal repasse.

Afirmou-se, na oportunidade, que os recursos privados, recebidos pela DNA Propaganda de outros fornecedores (p. ex., da empresa fabricante das "agendas Pombo"), que não eram veículos de mídia (empresas de televisão, rádio, jornais, revistas, etc) deveriam ter sido pela DNA repassados ao BB e não o foram.

O Diretor de Marketing, Henrique Pizzolato, foi responsabilizado por não fiscalizar e exigir que os tais recursos privados recebidos pela DNA de fornecedores diversos, a título de "bônus de volume", fossem repassados ao Banco do Brasil, ora, como ser responsabilizado se esses recursos, nunca foram do conhecimento do Banco e jamais estiveram na posse ou em sua disponibilidade jurídica ?

Henrique Pizzolato não praticou nenhuma das duas ações típicas (crime próprio comissivo) previstas no crime de peculato - *apropriar ou desviar*, pois não detinha a posse ou a disponibilidade jurídica dos valores dos quais, aliás, não tinha ciência, como informado ao STF pelo Banco do Brasil (Ofício de fls. 30.769/30.776 - vol. 143).

Os contratos de publicidade do Banco do Brasil eram confeccionados pela Secom - Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica -, iguais para todos os órgãos públicos, com a seguinte cláusula:

“Evitar esforços para obter as melhores condições nas negociações junto a terceiros e transferir, integralmente, ao banco os descontos especiais (além dos normais, previstos em tabelas), bonificações, reaplicações, prazos especiais de pagamento e outras vantagens.”

O Banco do Brasil ratificou e sempre acatou este acordo entre anunciantes, agências e veículos.

No contrato assinado com a DNA, não consta a determinação de repasse do bônus de volume; consta a determinação de repasse de bonificações, parcela que nas atividades publicitárias, não se confunde com bônus de volume. Trata-se de parcelas distintas como está provado nos autos.

Diante das confusões geradas no sentido de que bônus de volume e bonificações seriam a mesma coisa, o Departamento Jurídico do Banco do Brasil exarou extenso parecer a pedido da Diretoria de Marketing/BB, DIMAC, firmado pelo seu consultor jurídico adjunto, Dr. André Luiz de Medeiros e Silva, em data de 20/02/2006, através do parecer DIJUR-COJUR/CONSU nº 15066, com o qual concordou a Dra. Hortência M.M. e Silva.

Neste parecer, o Banco do Brasil reproduz a definição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, no seu famoso dicionário e registra, dentre outros, o seguinte significado para o vocábulo **bonificação**:

“Concessão que o vendedor faz ao comprador, diminuindo o preço da coisa vendida ou entregando quantidade maior do que o estipulado.”

Os Consultores Jurídicos admitem que, ***“...a postura do Banco, no curso da execução dos últimos seis contratos de publicidade que firmou,***

(...) *não havia a intenção, com a cláusula 2.7.4.6, de repasse* (para o Banco) *do BV* (bônus de volume) *pago pelos Fornecedores às Agências.*” (item 28 do Parecer).

E reitera a prática corrente no item 32:

“Concluindo estas considerações , cabe ver que a cláusula 2.7.4.6 não guarda ambiguidade, em si mesma, e a interpretação gramatical é, à primeira vista, a que corresponde à intenção das partes. Porém quando confrontada com os alegados usos e costumes da Atividade Publicitária reconhecida mesmo pelo TCU – como visto acima e a conduta uniforme das partes até pouco tempo, a dificuldade interpretativa emerge e o litígio se manifesta, exigindo solução que, pelas considerações expedidas, pode ser contrária ao banco.”

O Tribunal de Contas da União - TCU -, órgão constitucionalmente competente, para julgar as contas dos administradores públicos, ao julgar a denúncia sobre o não repasse ao Banco do valor de R\$2.923.686,16, decidiu nos autos do processo número 019.032/2005-0 que este valor não pertence ao Banco do Brasil, e sim, pertence às agências de publicidade, sendo, portanto, recurso privado.

O valor total de supostos bônus de volume que não teriam sido repassados, segundo o TCU, fase de inquérito, seria de R\$ 4.221.941,28, sendo R\$2.923.636,16 relativo ao governo de Luis Inácio Lula da Silva e R\$1.298.255,12, relativo aos anos de 2001 e 2002, do governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso.

Pelas definições mencionadas e outras idênticas existentes nos autos, fácil de concluir que os bônus de volume são pagos em dinheiro, enquanto que as bonificações são dadas em espaço de mídia, não envolvem pagamentos em dinheiro, pelo que o valor de R\$2.923.686,16 inegavelmente se constitui em bônus de volume pertencente à agência de publicidade.

Está provado e não paira a menor dúvida que, **bônus de volume** eram pagos, diretamente pelos fornecedores e veículos de comunicação, para as agências de publicidade e nem o Banco do Brasil e nem seu Diretor de Marketing tinham acesso aos documentos e contabilidade das empresas, por tratar-se de relação privada entre as partes - agências de publicidade e fornecedores.

Ora, se bônus de volume eram pagos para agências de propaganda, conforme regras estipuladas por fornecedores e veículos de comunicação, impossível seria determinar o valor que eventualmente caberia ao Banco do Brasil, concluindo-se, que Henrique Pizzolato não poderia fiscalizar o que não tinha conhecimento, como o próprio Revisor bem colocou:

“...pois não detinha a posse ou a disponibilidade jurídica dos valores dos quais, aliás não tinha ciência” (citação no voto do Revisor referindo-se ao ofício do Banco do Brasil encaminhado ao STF, fls 30769 a 30776 - Volume 143).

A prova de que o Banco do Brasil e seu Diretor de Marketing não tinham ingerência sobre os bônus de volume, está descrito abaixo, ressaltando-se que esses documentos estão nos autos.

Em face de pedidos de auditoria em documentos relativo a pagamentos de bônus de volume, por fornecedores, para diversas agências de publicidade, solicitados pelo TCU - Tribunal de Contas da União -, o Banco do Brasil informou o seguinte, documento dos autos:

“Em 06.01.2006, o Banco do Brasil encaminhou, via cartório, notificação extra judicial à Grotera, informando que iria promover a auditoria determinada pelo TCU, solicitando-lhe a disponibilização da documentação pertinente.”

Resposta da Grotera (agência de publicidade):

“...que os documentos estavam à disposição, exceto as notas fiscais relativas aos serviços e Bônus de Volume recebidos dos fornecedores, por dizerem respeito

às negociações privadas entre ela e os seus fornecedores, que nada tem a ver com o contrato firmado com o Banco do Brasil.”

Igual solicitação dirigiu o Banco do Brasil para a Lowe, em data de 06/01/2006.

Resposta da Lowe (agência de publicidade):

“...que os documentos estavam à disposição, exceto as notas fiscais relativas aos serviços de Bônus de Volume recebidos dos fornecedores, por entender, dentre outras razões, que tais documentos não diziam respeito à prestação de serviço objeto do contrato e, dessa forma, não estão contemplados dentre aqueles que poderão ser fiscalizados.”

Em 06/01/2006, o Banco do Brasil dirigiu semelhante notificação para a D+ Brasil, e esta informou em 02/02/2006, esta informou que tais documentos não diziam respeito à prestação de serviços do Contrato e, dessa forma, não estariam contemplados dentre aqueles que poderiam ser fiscalizados.

Para corroborar a tese acima é de se observar o Contrato da Rede Globo e a DNA e suas cláusulas de confidencialidade é a comprovação que as negociações se davam através das agências de publicidade, ou seja, entre empresas privadas:



6. **VOLUME:** Para efeito de mensuração de desempenho serão computados no volume da DNA, exclusivamente, os valores líquidos de exibição, inclusive referentes a *merchandising*, que tenham sido por ela autorizados junto à Superintendência Comercial da REDE GLOBO, excluídas, portanto, as autorizações efetuadas junto a emissoras afiliadas, cujas políticas e decisões sobre incentivo não são abrangidas neste PROGRAMA.

DIRM/SUCOM/1351/04

CONFIDENCIAL



14. **CONFIDENCIALIDADE E RECIPROCIDADE:** Ao aderir a este PROGRAMA, a DNA e seus prepostos comprometem-se, perante a REDE GLOBO, a manter sigilo em torno dos dados, informações e documentos atinentes a este PROGRAMA, negando-se a revelar seu conteúdo específico a terceiros, inclusive a seus clientes, outras agências ou veículos. Como contrapartida, a REDE GLOBO e seus prepostos asseguram reciprocidade.

14.1 Caso sejam instadas a prestar informações a respeito deste Programa, DNA e REDE GLOBO poderão valer-se da Circular nr. 002, de 10.12.2000, disponível no *web site* do CENP.

Atenciosamente,


GILBERTO C. LEIFERT
Diretor de Relações com o Mercado
Superintendência Comercial
REDE GLOBO DE TELEVISÃO



Está provado nos autos que o Banco do Brasil, não obteve os documentos, para apurar o valor de bônus de volume pagos por veículos de comunicação, para as agências de publicidade, por se tratar de relação entre agências e fornecedores.

Mais uma evidência de que o Ministro Relator desconsiderou as provas dos autos é o contido na resposta do Banco do Brasil, ao Ofício de nº 5.118/R, emitido pelo Ministro Joaquim Barbosa, com o seguinte quesito:

“Houve descumprimento de algum contrato de propaganda e marketing celebrado com agência de publicidade, no que diz respeito ao bônus de volume (BV), referente ao período de fevereiro de 2003 a julho de 2005(?)”

Resposta do Banco do Brasil, em 22 de junho de 2009, documento dos autos:

“Conforme referido no relatório de Auditoria de 07.12.2005, a origem, propriedade e gestão dos recursos do Fundo de Incentivo Visanet pertenciam a Companhia Brasileira de Meios de Pagamento – Visanet.

Desse modo o Banco do Brasil S/A não tem legitimidade para propor eventual ação de ressarcimento em face das empresas prestadoras de serviço.”

Cabe destacar, também que o Banco do Brasil, por seu Departamento Jurídico, afirmou que os recursos pertenciam à VISANET.

O Banco do Brasil afirmou que: “... *não tem legitimidade para propor eventual ação de ressarcimento em face das empresas prestadoras de serviço.*”, sendo-lhe, portanto, impossível interpor ação judicial sobre objeto pertencente a outrem.

E ainda, o Tribunal de Contas da União, em decisão unânime, decidiu que o valor de R\$2.923.686,16 pertence à DNA Propaganda e não ao Banco do Brasil.

O Tribunal de Contas da União, em julgamento realizado em 03/07/2012, nos autos do processo de número 019.032/2005-0, que teve por objeto decidir se o valor de R\$2.923.686.16 deveria ter sido repassado para o Banco do Brasil, por seus nove ministros, por unanimidade, entendeu que não ocorreu **nenhuma irregularidade** no cumprimento dos contratos de publicidade havidos entre o Banco do Brasil e a agência DNA e que o valor de R\$2.923.686,16 eram da DNA e não do Banco do Brasil, portanto, Henrique Pizzolato, está sendo condenado por fato julgado REGULAR pelo Tribunal de Contas da União que por disposição CONSTITUCIONAL é competente para julgar a matéria .

O Tribunal de Contas da União, também no julgamento do processo nº 020.081/2005-7 que envolve uma situação idêntica em contrato de

publicidade havido entre a Caixa Econômica Federal - CEF - e a Fischer América Comunicação Total Ltda, em que havia igual cláusula de repasse de **bonificação**, onze ministros exararam o acórdão 638/2012 e, conforme disposto no item 9.3, decidiram que os **bônus de volume** pertenciam às agências de publicidade e não à CEF, acatando, portanto, o voto do eminente relator Walton Alencar Rodrigues:

“Assim de acordo com o dispositivo supratranscrito (artigo 18 da Lei 12.232), a falta de repasse de bônus de volume à Caixa, constitui procedimento regular. Por conseguinte, acato as alegações de defesa correspondentes.”

Registre-se que o Ministro Relator, Walton Alencar Rodrigues, fundamentou seu voto no Acórdão 3.233/2010, proferido por esta mesma corte, a qual acatou pedido de reexame feito pela Secretaria Geral da Presidência da República, com o apoio da Advocacia Geral da União - AGU -, e no advento da Lei 12.232/2010.

A AGU, representada pelo então, Dr. José Antônio Dias Toffoli, defendeu que, *“a presença obrigatória de servidor público numa eventual negociação entre a agência e o veículo, no tocante à transferência de BV, em se tratando de um prêmio oferecido conforme a conveniência do veículo, é indevida, por ser este um ajuste de natureza privada...”*.

Cabe frisar que, o Acórdão 3.233/2010 foi exarado por pedido de reexame interposto pelos Órgãos: Secretaria-Geral da Presidência da República, Congresso Nacional, Banco do Brasil, Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP), Associação Brasileira de Agências de Publicidade (ABAP), Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert), Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA), Associação Nacional de Editores de Revistas (ANER), Associação Nacional de Jornais (ANJ), Federação Nacional das Agências de Propaganda (Fenapro) e Central de Outdoor, e, quanto a questão relativa a bônus de volume, *“...esta Corte passou a defender o entendimento de que não aproveitam à Administração Pública os resultados das negociações realizadas pela agência de publicidade com veículos de*

comunicação e fornecedores, com vistas à obtenção de descontos e bônus em função do volume de recursos despendido.”.

14.1. Assim, deve ser sanado a omissão, contradição e obscuridade do v. acórdão para fixar qual a tese vencedora entre os votos proferidos pelos Eminentíssimos Ministros Relator e Revisor, nos termos dos fundamentos supra.

15. Ainda, quanto ao bônus de volume, há total omissão e contradição. Muito embora tenha o Eminentíssimo Ministro Revisor excluído o crime de peculato no que se refere à bônus de volume, ou seja, acolheu a tese e provas apresentadas pela defesa de que não pertencem ao Banco do Brasil S/A e que são figuras jurídicas distintas, a bonificação de volume e o bônus de volume, manteve a condenação por entender que “parte dos valores cobrados pela DNA Propaganda a título de bonificações de volume não guarda qualquer relação com contratação e negociação de veículos de mídia, mas remuneração advinda de fornecedores de serviço de outra natureza”. (v. acórdão, fls. 52769)

Afirmou o v.acórdão que:

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

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

Quanto a esses valores, não há controvérsia jurídica ou discussão a respeito de sua titularidade, tendo havido apropriação indevida pela DNA Propaganda.

A autoria do crime recai sobre o Diretor de Marketing Henrique Pizzolato. Nessa condição, era ele o responsável pelo contrato e teria permitido a apropriação indevida dos valores pela DNA Propaganda.

Tratando-se de ilicitude flagrante, já que o bônus de volume diz respeito à contratação de veiculação de mídia e não a outros serviços, e abrange valores

substanciosos - R\$ 2.504.274,88 -, não é crível a prática da conduta sem o seu conhecimento e assentimento.

Esses elementos probatórios já autorizariam conclusão também acima de qualquer dúvida razoável acerca da responsabilidade criminal, como autor, do acusado Henrique Pizzolato pelo crime de peculato envolvendo a apropriação do bônus de volume no montante apontado.

Para além disso, há prova nos autos de recebimento, por ele, de vantagem indevida da DNA Propaganda, o que confere ao crime de peculato uma motivação, o que analisarei no tópico seguinte.

Concluo, por ora, que provadas a materialidade e a autoria do crime de peculato de R\$ 2.504.274,88 em recursos apropriados a título de bônus ou bonificação de volume, nos moldes supra.(v.acórdão, p. 52769).

15.1. Afirma o v. acórdão que o valor de “ R\$ 2.504.274,88, **teria sido cobrado na contratação de serviços diversos**, principalmente **impressão de material gráfico**, como se verifica na lista de notas na fl. 386, vol. 2, apenso 83, e ainda nas próprias notas juntadas nas fls. 74-200, apenso 83, vol. 1”.

Afirmou que os serviços de material gráfico “não há controvérsia jurídica ou discussão a respeito de sua titularidade, tendo havido apropriação indevida pela DNA Propaganda”.

Aqui encontramos a omissão.

Isto porque muito embora tenha afirmado de que serviços diversos e principalmente impressão de material gráfico não é de titularidade das agências, não houve fundamentação jurídica para excluir tais serviços do conceito de bônus de volume.

Ora, como o próprio v. acórdão reconheceu, a Lei nº 12.232, de 29.4.2010, que veio a disciplinar o bônus de volume, fala em divulgação.

A contradição existe na medida em que não há diferença, na Lei, entre veículo de comunicação, veiculação e mídia. Deve assim, ser sanada a omissão quanto ao conceito fixado pelo v. acórdão.

15.2. Por outro lado, há omissão no v. acórdão, tendo em vista o documento constante **NO VOLUME 83, P. 334.**

O referido documento, enviado pelo Banco do Brasil para o Tribunal de Contas da União, informa que de acordo com os normativos internos do Banco do Brasil, **o Gerente Executivo de Propaganda ou substituto no exercício do cargo é o responsável pelo acompanhamento e fiscalização dos contratos com as agências de propaganda e publicidade.**

Informa que o referido documento, que no período de **07 de junho de 1999 a 15 de julho de 2005,** o **Gerente Executivo de Propaganda** responsável pela fiscalização dos contratos com as agências de propaganda e publicidade era o **CLÁUDIO DE CASTRO VASCONCELOS.**

Sendo assim, fundamento de que a “autoria do crime recai sobre o Diretor de Marketing Henrique Pizzolato. **Nessa condição,** era **ele o responsável pelo contrato e teria permitido a apropriação indevida** dos valores pela DNA Propaganda”, não procede. Como demonstrado acima fora nomeado um funcionário específico para exercer o papel de fiscal dos contratos com as agências de propaganda e publicidade, o que inclui a agência DNA Propaganda. Ora, uma vez que fora nomeado o gerente executivo para exercer o papel de fiscal destes contratos, não se pode atribuir a autoria do crime ao embargante pelo cargo que ocupava. As atribuições definidas na estrutura do Banco não permite imputar responsabilidade direta por presunção. Não era o embargante o responsável pelo contrato. Não poderia o embargante ter permitido qualquer apropriação indevida na medida em que não fazia a fiscalização.

A omissão apontada poderá acarretar os efeitos modificativos do julgado, uma vez que está atribuindo a responsabilidade pela fiscalização de um contrato de quem não detinha poderes para tanto.

Não tendo a responsabilidade direta pela fiscalização dos contratos, logo, de verificação de eventual apropriação, não pode ser responsabilizado pelo crime de peculato.

15.3. Desta feita, deve ser sanada a omissão ora apontada para, aplicando os efeitos modificativos do julgado, absolver o embargante da acusação de peculato quanto ao bônus de volume, com fulcro no artigo 386, IV do Código de Processo Penal.

DA AUSÊNCIA DO DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS ORIUNDOS DO FUNDO DE INCENTIVO VISANET NO MONTANTE DE R\$ 73.851.356,18 EM FAVOR DA AGÊNCIA DNA PROPAGANDA

15. Ao contrário do que fora fundamentado no v. acórdão de fls, no sentido de ter ocorrido desvio de recurso do Fundo de Incentivo Visanet sem ter sido realizado os serviços, tal afirmação condiz com as provas dos autos.

Há, portanto, omissão e contradição no referido acórdão.

A contradição existe quanto ao fundamento de que se trata de recursos públicos. Como devidamente comprovado no item acima, os recursos do Fundo de Incentivo Visanet **É PRIVADO E NÃO PERTENCE AO BANCO DO BRASIL.**

Assim, a contradição deve ser sanada para que seja fundamentado de que os recursos oriundos do Fundo de Incentivo Visanet **NÃO SÃO RECURSO PÚBLICOS.**

Outro aspecto a ser salientado é que o Banco do Brasil, em correspondência à Visanet, datada de 17 de novembro de 2006, afirma que, as campanhas foram efetivamente realizadas e estavam em consonância com os propósitos do Fundo Visanet:

- **(Apenso 425 fl 28942)**
2. Cabe, inicialmente, esclarecer que esta Instituição Financeira deu cumprimento ao Regulamento do Fundo de Incentivo Visanet com vistas à realização das ações previstas nas Propostas de JOB de Marketing (Anexo nº 02 do Regulamento) elaboradas à época, e, posteriormente, encaminhou-lhes a documentação necessária aos pagamentos respectivos, por meio das Cartas de Envio de Documentos para Pagamento/Reembolso (Anexo nº 04 do Regulamento).
 4. Importa verificar que, com as ações desenvolvidas, os objetivos do Fundo de Incentivo, de fato, foram atingidos. A propósito, no período de 2001 até 2005, houve um incremento da ordem de **149% e 137%**, respectivamente, no volume e faturamento dos cartões de crédito emitidos pelo Banco com a bandeira Visa.

O Banco do Brasil, no documento acima, afirma que deu cumprimento ao Contrato: Regulamento do Fundo de Incentivo Visanet, e, com a realização das campanhas publicitárias custeadas pela Visanet, atingiu, de fato, os objetivos do Fundo, pois, “...no período de 2001 a 2005, houve um incremento da ordem de 149% e 137%, respectivamente, no volume e faturamento dos cartões de crédito emitidos pelo Banco com a bandeira Visa.”.

Há omissão no v. acórdão quando fica demonstrado, pelos próprios fundamentos, que não foram analisados nenhum dos documentos constantes **nos volumes: 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129 e nos apensos: 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388 partes 1 e 2, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398 partes 1 e 2, 399, 400, 430 pasta FIV, 431 pasta 01, 432 pasta 03, 433 pasta 02, 439, 447, 456, 457, 458, 459, 460,** com farto e evidente material (notas fiscais, comprovantes de pagamentos, fotografias, relações detalhadas de locais nas mais diversas cidades brasileiras que ostentaram propagandas, *banners*, *outdoors*, em relógios, paradas de ônibus, aeroportos, estradas, “empenas”, centros comerciais, inserções de comerciais em tvs, rádios, revistas, jornais, eventos realizados: esportivos, culturais, musicais, patrocínios, etc, etc), **comprovando que as campanhas**

publicitárias do cartão Ourocard/Visa, envolvendo recursos do Fundo Visanet foram realizadas. Cabe também ressaltar que **esses volumes e apensos são oriundos de investigações da Polícia Federal, de requerimentos de documentação, feitos pelo Procurador Geral da República, para o Banco do Brasil e Visanet.**

Sobre as alegações contidas no depoimento da testemunha Danevita Ferreira de Magalhães, há contradições e inverdades, pois ela não é funcionária do Banco do Brasil, não trabalhava diretamente com Henrique Pizzolato, não existindo subordinação.

Esclareça-se que o Banco do Brasil assinou contrato de publicidade com a agência DNA Propaganda, onde se estabeleciam regras e obrigações conforme cláusulas abaixo:

- **(Ap. 83 fl. 48)**

2.7.3 Manter e operacionalizar, em conjunto com as demais contratadas, o Núcleo de Mídia, de forma a atender às necessidades do BANCO, observado o constante no Anexo V do Edital, com, no mínimo, o seguinte quadro de profissionais:

- a) um gerente;
- b) um supervisor;
- c) três coordenadores;
- d) dois assistentes;
- e) uma secretária.

2.7.4 Realizar, com seus próprios recursos ou, quando necessário, mediante a contratação de terceiros ou subcontratação de outras empresas, pelos quais assuma inteira responsabilidade, quaisquer dos serviços relacionados com o objeto deste Contrato, mediante anuência prévia e por escrito, observados os parâmetros oferecidos pelo BANCO;

Observe-se, portanto, que as empresas de propaganda eram as responsáveis pela contratação de funcionários e manutenção do Núcleo de Mídia, **restando comprovado que a Sra. Danevita não era contratada do Banco do Brasil,** não podendo tomar decisões executivas, vez que os recursos do Fundo Visanet

tenham gestor e era de responsabilidade da própria Visanet. **PORTANTO JAMAIS FOI SUBORDINADA AO EMBARGANTE.**

E ainda, em seu depoimento, esta deixa claro que na verdade não se reportava diretamente ao Diretor de Marketing, Henrique Pizzolato:

Sra. Danevita: Em 2003, eu **me reportava diretamente para o Senhor Roberto Messias**, que vinha logo após o Senhor Cláudio Vasconcelos, que vinha logo após o Senhor Henrique Pizzolato.

MPF: Quem do Banco lhe transferia as orientações?

Sra. Danevita: É, **vinha orientação** do diretor com o gerente e a pessoa que era o subgerente, **que era o Senhor Roberto Messias**, mas quem realmente comandava era o Senhor Henrique Pizzolato.

MPF: Certo. E, outra versão: nas agências, como era feito o pagamento do salário de pessoal lá do núcleo de Marketing e das outras verbas trabalhistas e tudo, era pelo próprio Banco do Brasil?

Sra. Danevita: Não. Era feito pelas agências. O Banco paga às agências e as agências pagam aos veículos e também às despesas do núcleo, inclusive dos salários.”

15.1. Fica devidamente comprovado que não houve qualquer desvio de recursos público. A uma, porque os recursos são eminentemente privados; a duas, porque conforme comprovado pelos documentos constantes nos autos, todas as campanhas de publicidade foram devidamente realizadas.

DA CORRUPÇÃO PASSIVA

16. Quanto a corrupção passiva, há omissão no julgado uma vez que deixou de se manifestar quanto ao fato de não ter sido comprovado pelo Ministério Público, de que teria o embargante tomado para si o pacote, ou seja, tivesse tido alguma vantagem sobre ele.

Ao colocar o seu sigilo fiscal, telefônico e bancário à disposição da justiça desde o início de sua acusação e não tendo sido encontrado nenhuma prova ou indício de que o embargante teria aumentado seu patrimônio. Absolutamente nada foi encontrado que o desabonasse. A Declaração de Imposto de Renda do réu comprovou todos os seus bens são compatíveis com o seu rendimento financeiro. Não detém nenhuma patrimônio que não esteja de acordo com um funcionário do Banco do Brasil S/A que tenha exercido cargos de Direção.

Portanto, não comprovou, e o ônus era do MP de o embargante tivesse conhecimento prévio de qualquer ato que pudesse vinculá-lo com qualquer outro núcleo do presente feito. Portanto, a total ausência de prova material no sentido de que o réu agiu de forma prévia e que utilizou o seu cargo como Diretor de Marketing para liberar recursos do Fundo de Investimento Visanet para a empresa DNA Propaganda tendo recebido vantagem ilícita, é **totalmente improcedente**.

Como já **exaustivamente comprovado** nos autos e demonstrado acima, o embargante **Henrique Pizzolato NÃO DETINHA QUALQUER PODER DE MANDO PARA DETERMINAR PAGAMENTOS PARA A EMPRESA DNA PROPAGANDA QUER ORIUNDO DO BANCO DO BRASIL S/A, QUER ORIUNDO DO FUNDO DE INCENTIVO VISANET. LOGO, PORQUE IRIA RECEBER UMA VANTAGEM EM DINHEIRO?**

Não há prova, **de que o embargante** tinha conhecimento dos fatos apontados como ilícitos.

16.1. Tendo em vista a omissão do v. acórdão em analisar a ausência de prova da conduta ilícita do embargante, deve ser sanada a omissão para fixar o fundamento quanto ao ônus de provar diretamente o ato ilícito da corrupção passiva e a inexistência desta prova.

DA DOSIMETRIA DA CONTINUIDADE DELITIVA

17. As omissões e contradições acima apontadas, poderá acarretar os efeitos modificativos do julgado para absolver o embargante.

Contudo, ad argumentandum, caso não seja conferido os efeitos modificativos do julgado, há que ser analisado a dosimetria aplicada ao embargante.

Há que ser analisado a configuração da continuidade delitiva às condenações por crimes contra a administração pública.

Conforme vem se afirmando, desde a denúncia e enfatizado pelo v. acórdão:

Para influenciar o Sr. HENRIQUE PIZZOLATO a **praticar os atos de ofício em benefício de sua agência, antecipando, indevidamente, recursos da monta de R\$ 73.851.356,18**, os Senhores MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH **pagaram** R\$ 326.660,67 ao Sr. HENRIQUE PIZZOLATO.

O pagamento, em **espécie**, por meio de cheque da DNA Propaganda nominal à própria agência, foi **efetuado no dia 15 de janeiro de 2004, apenas cinco dias antes de o acusado determinar o repasse de R\$ 35 milhões** para a agência de publicidade de MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH (a Nota Técnica em questão é a de número 2004/0251, assinada por HENRIQUE PIZZOLATO em **20.1.2004**).

Em outras palavras, o embargante teria recebido R\$ 326.660,67 (corrupção passiva) para praticar os atos de ofício de sua agência, antecipando, indevidamente, recursos da monta de **R\$ 73.851.356,18, bem como em se omitir na fiscalização sobre a apropriação indevida dos valores referente ao bônus de volume.**

Conforme jurisprudência desta Corte, a “configuração da continuidade delitiva exige a prática de um ou mais crimes da mesma espécie em condições de tempo, lugar e modo de execução do delito indicativas de serem, as condutas subsequentes, continuação da primeira”²⁰.

O Ministro Ricardo Lewandowski consignou que

não basta que haja similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares). É necessário que entre essas condições haja uma ligação, um liame, de tal modo a evidenciar-se, de plano, terem sido os crimes subsequentes continuação do primeiro²¹

No presente caso, desde a denuncia fora fixado um liame entre os vários crimes da mesma espécie praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, afirmando que as condutas caracterizadoras de corrupção passiva e peculato foram praticadas para desviar recursos públicos, pertencentes ao Banco do Brasil S/A.

A interpretação do artigo 71 do Código Penal na aplicação do caso concreto, deve consistir na admissão que constituem “crimes da mesma espécie” os crimes que “ofendem o mesmo bem jurídico” e estão tratados, por isso, no “mesmo título da Parte Especial do CP”, como são os *crimes contra a administração pública*, de que são exemplos a corrupção passiva, artigo 317 e o peculato, artigo 312, ambos do Código Penal Brasileira.

Desta feita, fica devidamente caracterizado o crime continuado a requerer a aplicação do artigo 71 do Código Penal.

²⁰ HC 106173 / PR — PARANÁ, DJe-150 PUBLIC 01-08-2012, Relatora Min. Rosa Weber, Julgamento: 19/06/2012 Órgão Julgador: Primeira Turma, STF.

²¹ HC 109971 / RS — RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 18/10/2011, Órgão Julgador: Segunda Turma, STF, Publicação: DJe-025 PUBLIC 06-02-2012.

17.1. Requer, assim, seja reconhecida a continuidade delitiva para a aplicação do artigo 71 do Código Penal, em relação às condenações de três crimes contra a administração pública, corrupção passiva e dois peculatos, substituindo-se a fixação de penas para três tipos penais da mesma espécie, por uma fixação única de pena mais grave com o aumento máximo de dois terços.

DA DOSIMENTRIA PROPORCIONALIDADE DA PENA DE MULTA

18. Com o devido respeito há contradição no v. acórdão quanto a fixação da multa. Isto porque, a forma como fora votada e aplicada acaba por violar o princípio da proporcionalidade. O valor da multa aplicado está desproporcional com o patrimônio do embargante. Conforme comprovado por sua declaração de renda, para cumprir com o pagamento da multa, perderá o embargante todos os seus bens, que diga-se, foram adquiridos, conforme comprovado nos autos pela Receita Federal, a partir dos seus rendimentos enquanto funcionário do Banco do Brasil, ou seja, seu patrimônio está compatível com sua renda.

Comparando com as demais condenações, em cotejo com as penas de outros condenados, constata-se que a multa aplicada ao embargante está muito acima de outros que foram inclusive considerados fundamentais.

Desta feita, constata-se a existência de contradição entre as penas de multa aplicadas aos demais condenados proporcionalmente ao ora embargante o que requer um reajuste para garantir o cumprimento de “princípios constitucionais fundamentais, tais como o da razoabilidade, proporcionalidade, o do não confisco e o princípio da individualização da pena”. (fls. 59.628/59.630)

18.1. Desta feita, demonstrado está a necessidade de sanar a omissão, contradição e obscuridade do julgado no tocante a pena de multa, o que desde já se requer, para adequá-la aos princípios constitucionais acima citado.

DA DOSIMETRIA DA FIXAÇÃO DA PENA

19. Ao julgar a dosimetria do ora embargante para a fixação da pena restritiva de liberdade, estabeleceu-se uma diferença de fundamentação entre o Eminentíssimo Ministro Relator (para maior) e o Eminentíssimo Ministro Revisor (para menor).

Ao coletar os votos dos demais eminentes Ministros fora utilizado o “critério de aproximação”. Este critério acabou por seguir a aproximação para maior, ao que resultou no aumento da pena.

Conforme afirmado pelo Ministro Revisor, quando da dosimetria **o juiz deve levar em consideração alguns princípios constitucionais fundamentais, tais como o da razoabilidade, proporcionalidade, o do nãoconfisco e o princípio da individualização da pena.** (fls. 59.628/59.630)

Entre os princípios fundamentais encontramos o da não culpabilidade ou princípio da inocência. Como decorrência deste princípio encontramos o princípio *in dubio pró réu*. Este princípio proclama que

no conflito entre o *jus puniendi* do Estado, por um lado, e o *jus libertatis* do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quiser assistir ao triunfo da liberdade²².

De fato o critério de aproximação entre o voto do Eminentíssimo Ministro Relator e o Eminentíssimo Ministro Revisor teve como finalidade a racionalidade jurídica para a dosimetria. Ocorre que, sem a intenção de exarcebar a pena, ao aplica o critério e aproximação para maior, acaba por haver, ao fim e ao cabo, um aumento de pena. Considerando que o critério de aproximação ocorreu tendo em

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1

vista ter ficado o voto do Ministro vogal no meio termo entre o voto do Ministro Relator e Revisor, pode-se considerar a existência de uma dúvida quando da elaboração da dosimetria, para a individualização da pena.

Portanto, constata-se uma contradição e obscuridade no v. acórdão ao não aplicar o princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, presunção de inocência, expressamente consignado no artigo 5º inciso LVII da CRB/88, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) também tratou da matéria no seu art. 8º, n.º 2, norma de natureza supralegal em que afirma que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa."

19.1. Desta feita, deve ser sanada a contradição e obscuridade ora apontada para que seja fixado que o critério de aproximação adotado pela Corte, deve respeitar o princípio da inocência (5º inciso LVII da CRB/88 e art. 8º, n.º 2, do , Pacto São José da Costa Rica), efetuando a aproximação para o voto mais favorável ao embargante.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto e do que mais nos autos consta, requer seja conhecido o presente embargos de declaração, para, em ordem sucessiva:

- A.** Acolher a preliminar de nulidade da Ação Penal nº 470, por violação aos artigos 71,I, 76 e 77 todos do Código de Processo Penal c/c artigo 8º, 2, h do Pacto de São José da Costa Rica, tendo em vista a existência do Inquérito Policial n. 04.555/2006, em que se configura a existência de um só crime em coautoria bem como em razão de o ora embargante não deter foro privilegiado, razão pela qual deve ser declarada a **NULIDADE DA AÇÃO PENAL Nº 470 em sua totalidade, em relação a HENRIQUE PIZZOLATO, determinando-se o**

desmembramento do processo para a 1ª instância, nos termos dos fundamentos supra.

- B.** Sejam sanadas as omissões e contradições apontadas, nos termos dos fundamentos supra. Sanando-as, poderá acarretar os efeitos modificativos do julgado, o que desde já ser requer, para absolver o embargante das acusações a ele impostas, nos termos do artigo 386, IV do Código de Processo Penal.
- C.** Requer, seja aplicado os efeitos modificativos do julgado para que seja fixado que o critério de aproximação definido pela Corte para o voto da dosimetria, princípio da inocência (5º inciso LVII da CRB/88 e art. 8º, n.º 2, do , Pacto São José da Costa Rica) seja aplicado aproximando-se do voto mais favorável ao embargante, efetuando os devidos reajustes para a adequação ora definida.
- D.** Face ao pedido de efeito modificativo do julgado, requer seja dado vista para o Ministério Público Federal, no prazo legal.

P. Deferimento.

Brasília, 02 de maio de 2013.

MARTHIUS SÁVIO CAVALCANTE LOBATO

OAB/DF 1681-A

OAB/SP 122.733