

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

ANTÔNIO SÉRGIO ALFIERI DE MORAES PITOMBO  
GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRI  
PRISCILA CORREA GIOIA  
FLAVIA MOITARI LOTFI  
ISABEL DE ARAUJO CORTEZ  
JOÃO FÁBIO AZEVEDO E AZEREDO  
BEATRIZ DE OLIVEIRA FERRARO  
ALDO ROMANI NETTO  
RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES  
RODRIGO TEIXEIRA SILVA  
LARA MAYARA DA CRUZ  
FERNANDO BARBOZA DIAS  
PAULA REGINA BREIM  
EDUARDO KÜPPER PACHECO DE AGUIRRE

CLAUDIO MAURO HENRIQUE DAOLIO  
LEONARDO MAGALHAES AVELAR  
LUCIANA ZANELLA LOUZADO  
MARIA EUGENIA GIL  
DENISE PROVASI VAZ  
THIAGO FERNANDES CONRADO  
CLAUDIO BÍDINO DE SOUZA  
BIANCA DIAS SARDILLI  
NICOLE TRAUDCZYNSKI  
JULIA THOMAZ SANDRONI  
CONRADO ALMEIDA CORRÊA GONTIJO  
CAROLINA DA SILVA LEMF  
CINTIA BARRETO MIRANDA

## consultores

JO TATSUMI  
MARCELO BATUIRA DA CUNHA LOSSO PEDROSO  
—TARSO VINÍCIUS DELFINO ROMANI

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO RELATOR JOAQUIM BARBOSA DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Supremo Tribunal Federal

06/09/2011 16:29 0073265



## Ação Penal nº 470-STF

**Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado,** devidamente qualificados nos autos da ação penal em referência, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por seus advogados, com fundamento no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal; e artigo 11, da Lei Federal nº 8.038/90, apresentar **ALEGAÇÕES FINAIS**, contendo as razões de fato e de direito, com base nas quais entendem deva ser julgada improcedente a presente ação penal.

Termos em que  
Pede deferimento.  
Brasília, 08 de agosto de 2011.

Antonio Sérgio A. de Moraes Pitombo  
OAB/SP 124.516

SÃO PAULO - SP  
RUA PEQUETITA, 215  
8º ANDAR - CEP 04552-060  
TEL: (11) 3047.3131  
FAX: (11) 3047.3131

BRASÍLIA - DF  
SETOR DE AUTARQUIAS SUL  
QUADRA 01, BLOCO N. SL 410/411  
ED. TERRABRASILS - CEP 70070-01  
TEL/FAX: (61) 3332.7690

RIO DE JANEIRO - RJ  
RUA LAURO MULLER, 116  
SALA 2307 - TORRE RIO SUL  
CEP 22290-160  
TEL. (21) 3527.7500

46743  
M

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

46744  
du

## I - Introdução

A r. denúncia que deu origem à presente ação penal foi oferecida pela Procuradoria Geral da República, aos 30 de março de 2006, em face de **Breno Fischberg, Enivaldo Quadrado** e outros 38 (trinta e oito) acusados, para apurar suposta prática dos crimes de formação de quadrilha (artigo 288, do Código Penal); falsidade ideológica (artigo 299, do Código Penal); peculato (artigo 312, do Código Penal); corrupção passiva (artigo, 317 do Código Penal); corrupção ativa (artigo 333 do, Código Penal); lavagem de dinheiro (artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/98); gestão fraudulenta de instituição financeira (artigo 4º, da Lei Federal nº 7.492/86) e evasão de divisas (artigo 22, da Lei Federal nº 7.492/86).

Os fatos de que trata a r. exordial acusatória tornaram-se públicos a partir da divulgação, pela imprensa, de uma gravação de vídeo, na qual o ex-chefe do DECAM/ECT, Maurício Marinho, teria solicitado e recebido vantagem indevida, com o fim de beneficiar um empresário, em negociações que seriam realizados com a empresa estatal.

Tão logo foram publicadas tais informações, foi realizada, perante o Departamento da Polícia Federal em Belo Horizonte, aos 15 de junho de 2005, a oitiva de Fernanda Karina Somaggio, que prestou esclarecimentos sobre a existência de movimentações suspeitas, no âmbito da empresa SMP&B Comunicação Ltda., de propriedade de Marco Valério, que atuaria para viabilizar o pagamento de valores indevidos, a parlamentares integrantes da base aliada do governo.

Diante do teor das declarações prestadas pela ex-funcionária de aludida empresa, instaurou-se o inquérito policial, que serviu de substrato à presente ação penal, com o objetivo de que fossem apuradas as supostas práticas dos crimes tipificados no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613./98 e artigo 1º, da Lei Federal nº 8.137/90. Ademais, investigou-se, no procedimento investigatório, a hipotética ocorrência dos delitos de formação de quadrilha, peculato, gestão fraudulenta, corrupção e evasão de divisas.

Em virtude da existência de informações que indicavam a participação de grande número de integrantes do Congresso

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

46745  
A

Nacional, nas supostas prática ilegais, instituiu-se a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios (CPMI dos Correios), presidida pelo Senador Delcídio do Amaral, cujos trabalhos foram desenvolvidos concomitantemente às investigações que eram empreendidas no Departamento da Polícia Federal. Outrossim, o trâmite das atividades policiais passou a ser feito perante o Supremo Tribunal Federal, eis que inúmeros dos envolvidos, parlamentares, gozavam de foro por prerrogativa de função.

Nesse contexto, foram realizadas as oitivas de todas pessoas que, a juízo da D. Autoridade Policial e do Presidente da CPMI dos Correios, poderiam auxiliar na busca pela verdade real.

Importante frisar que os **Acusados**, que jamais tiveram conhecimento de quaisquer ilicitudes, assim que obtiveram informações sobre os fatos, apresentaram-se perante as Autoridades Públicas encarregadas das apurações, foram inquiridos, por seis vezes, e forneceram elucidativos documentos, que mostraram a legalidade das condutas que lhes eram atribuídas.

Entretanto, não obstante o teor das declarações prestadas e dos documentos juntados aos autos, o D. Procurador-Geral da República, equivocadamente, ofereceu denúncia em face de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, por suposto cometimento dos delitos tipificados no artigo 288, do Código Penal; e no artigo 1º, incisos V, VI, e VII, da Lei Federal nº 9.613/1998.

Desse modo, com fundamento no artigo 4º, da Lei Federal nº 8.038/90, os **Acusados** foram notificados e, tempestivamente, apresentaram defesa preliminar, por intermédio da qual argüiram, dentre outras coisas, a ilegalidade da exordial acusatória, manifestamente inepta, e que violou o princípio da obrigatoriedade da persecução penal de crimes de iniciativa pública incondicionada.

Ainda, aos 07 de dezembro de 2006, o MM. Ministro Relator determinou a remessa dos autos ao D. Ministério Público Federal, para que o I. Procurador-Geral da República, com fundamento no artigo 5º, da Lei Federal que disciplina os procedimentos perante os Tribunais Superiores, apresentasse manifestação sobre documentos novos que,

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

46746  
An

eventualmente, acompanhassem as defesas apresentadas.

Entretanto, extrapolando e, por conseguinte, desrespeitando o comando legal, que limita essa manifestação, tão somente, a documentos novos, o D. *Parquet*, invertendo a ordem processual, confeccionou um extenso documento de 87 páginas, refutando a integralidade dos argumentos expendidos nas respostas defensivas apresentadas pelos **Acusados**, em capítulos específicos, cada qual dedicado a um dos denunciados.

Assim, tolhido de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado** a possibilidade de exercício do contraditório e ampla defesa, com relação à “*nova carga acusatória*” feita pelo D. Ministério Público Federal, esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, aos 28 de agosto de 2007, recebeu a r. exordial ajuizada, em face de todos os quarenta investigados.

Posteriormente, em consonância com a disposição contida no artigo 7º, da Lei Federal nº 8.038/90, determinou-se a expedição das cartas de ordem, para que fossem realizados os interrogatórios judiciais dos acusados. Por conseguinte, aos 23 de janeiro de 2008 foi inquirido **Breno Fischberg** e, no dia seguinte, **Enivaldo Quadrado**.

Após o término de todos os interrogatórios judiciais, procedeu-se à oitiva, respectivamente, das 41 (quarenta e uma) testemunhas arroladas pela D. Procuradoria da República, e das testemunhas arroladas pela defesa dos denunciados.

Nesse mister, adotando-se a novel sistemática processual brasileira, introduzida pela Lei Federal nº 11.719/2008, tem-se que deveriam ter sido renovados os interrogatórios de todos os acusados, medida de natureza probatória e defensiva, que somente alcança efetividade quando realizada como último ato da instrução criminal.

Diante disso, buscando fazer prevalecer as novas disposições, que contemplam o direito à ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, os **Acusados** pleitearam, aos 23 de setembro de 2010, fosse-lhes concedida a possibilidade de dispor, de forma efetiva, de todos os meios e recursos necessários à proteção de sua liberdade.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Entretanto, em decisão exarada em 07 de outubro daquele ano, no âmbito da 8ª Questão de Ordem na ação penal nº 470, o Plenário dessa Egrégia Corte indeferiu o pedido formulado, determinando que não seriam realizados os interrogatórios judiciais, ao término da instrução processual, circunstância que viola, de forma evidente, direitos e garantias fundamentais, de índole constitucional.

Por isso, *data venia*, inconformados com o r. acórdão lavrado, os **Acusados** apresentaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ainda não apreciada, por intermédio da qual narraram a violação da ampla defesa (Doc. 01).

Concomitantemente a isso, dando prosseguimento aos andamentos do presente processo-crime, esse Egrégio Supremo Tribunal Federal determinou fossem remetidos os autos ao D. Ministério Público Federal, para a apresentação de alegações finais, no âmbito das quais, supôs-se, tendo em conta os elementos existentes, que seria pleiteada a absolvição de **Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado**.

O I. Procurador da República, todavia, valendo-se de meras suposições e ilações, que não encontram respaldo nas provas produzidas, requereu fosse proferido decreto condenatório, em face dos **Acusados**, que, supostamente, teriam perpetrado as condutas descritas no artigo 288, do Código Penal; e artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei Federal nº 9.613/98.

Entretanto, consoante restará demonstrado nas presentes alegações finais, deve ser repudiado o entendimento firmado pelo I. Procurador-Geral da República. Isso porque, preliminarmente, deve ser declarada a nulidade da ação penal, maculada, *ab initio*, eis que:

(i) a denúncia criminal que deu início ao presente processo-crime é inepta, porquanto, além de elaborada em dissonância com os elementos de convicção coligidos ao longo do inquérito policial – verdade real –, não descreveu, de forma suficiente, a conduta de cada denunciado, circunstância que viola o disposto no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, bem como a norma do artigo 41, do Código de Processo Penal;

46747  
da

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

46748  
AV

(ii) o I. Procurador-Geral da República, ao deixar de oferecer denúncia criminal em face de indivíduos, que teriam envolvimento com os supostos atos ilícitos, deixou de cumprir o seu dever de fazer valer o poder punitivo estatal e, por conseguinte, violou o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública;

(iii) o D. Ministério Público Federal extrapolou a previsão legal contida no artigo 5º, da Lei Federal nº 8.038/90, ao refutar cada uma das defesas preliminares apresentadas pelo acusados, quando, na verdade, somente poderia manifestar-se sobre documentos novos, circunstância que afronta o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, insculpidos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal;

Ainda, tendo em vista que a decisão de indeferimento de renovação do interrogatório dos **Acusados**, proferida por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, fez tábula rasa das previsões contidas no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal e da novel sistemática do processo penal brasileiro, pugna-se seja convertido o julgamento em diligências, para que seja possibilitado o interrogatório de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, depois da instrução criminal.

Por fim, com relação ao mérito das imputações formuladas pelo D. Órgão Acusador, em detrimento de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, a instrução probatória da ação penal demonstrou serem elas infundadas, devendo ser julgado improcedente o pedido do I. Procurador-Geral da República, uma vez que:

(i) é atípica a conduta dos **Acusados**, no que tange ao crime previsto na Lei Federal nº 9.613/98, posto que eles jamais tomaram conhecimento da prática de delito antecedente à lavagem de dinheiro – que não ocorreu. Em momento algum eles pretenderam ocultar ou dissimular a origem de bens ou valores, tanto menos violar o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora;

(ii) é atípica a conduta dos **Acusados**, no que se relaciona ao crime previsto no artigo 288, do Código Penal, tanto objetiva, quanto subjetivamente, porquanto não existiu qualquer associação, composta por mais de três indivíduos, criada para prática de pluralidade de crimes, tampouco restou violado o bem jurídico pela norma tutelado, qual seja, a Paz Pública.

**II - Da Dúvida Quanto À Imparcialidade Do D. Ministro Relator**

A Constituição Federal, pródiga na proteção de liberdades individuais, por conter disposições que garantem o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV<sup>1</sup>) e o julgamento por tribunal competente (artigo 5º, incisos XXXVII<sup>2</sup> e LIII<sup>3</sup>), contempla, implicitamente, a garantia de que a atuação dos membros do Poder Judiciário seja imparcial.

Nêsse sentido, destaca a doutrina que, inobstante não se exija neutralidade dos julgadores, a imparcialidade lhes é inafastável. Isso porque, considera-se que a observância da imparcialidade nos julgamentos exhibe-se pressuposto da própria validade e regularidade da relação processual, tal como observa Ada Pellegrini Grinover:

*“A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente (...). A incapacidade subjetiva do juiz, que se origina da suspeita de sua imparcialidade, afeta profundamente a relação processual. Justamente para assegurar a imparcialidade do juiz, as constituições lhe estipulam garantias, prescrevem-lhe vedações e proíbem juízos e tribunais de exceção”.*<sup>4</sup>

No mesmo diapasão, traz-se à baila a lição de Vicente Greco Filho, segundo a qual a garantia de imparcialidade do juiz é condição *sine qua non* para a própria existência da atividade jurisdicional:

*“(...) imparcialidade do juiz é pressuposto de toda a atividade jurisdicional. A imparcialidade pode ser examinada sob um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo. No aspecto objetivo, a imparcialidade se traduz na eqüidistância prática do juiz no*

<sup>1</sup> “Art. 5º (...).

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (...).”

<sup>2</sup> “Art. 5º (...)

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção (...).

<sup>3</sup> “Art. 5º (...).

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (...).”

<sup>4</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo, 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 51/52.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

## ***desenvolvimento do processo, dando às partes igualdade de tratamento***.<sup>5</sup>

Destarte, fazendo uso dos ensinamentos de Fernando da Costa Tourinho Filho, há de se concluir que *“o Juiz deve ser imparcial. Como órgão que proclama o Direito, não se poderia aceitar como justa a decisão proferida por Juiz não imparcial. Destarte, o juiz suspeito deve ser afastado imediatamente da direção do processo. Não apenas pelo risco que a parte corre em ser julgado por Juiz parcial, mas, também, como diz Alcalá-Zamora, para salvaguardar o prestígio profissional e a dignidade da administração da justiça”*.<sup>6</sup>

Diante disso, com a finalidade de que a garantia da imparcialidade, dentre outras, fosse mais firmemente inserida no âmbito do sistema jurídico brasileiro, em que o Poder Judiciário exerce o fundamental papel de tutelar quaisquer lesões ou ameaças a direitos (artigo 5º, inciso XXXV<sup>7</sup>), foi ratificada a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, por meio do Decreto-Lei nº 678/1992, que, em seu artigo 8º, que elenca as garantias judiciais, assim prevê:

### *“Art. 8º. Garantias Judiciais*

*1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela (...).”*

Importante, ainda, mencionar que a necessidade de que o ordenamento jurídico pátrio contenha preceitos que garantem a imparcialidade dos julgadores advém do próprio fato de que nele foi contemplado o sistema processual acusatório, no âmbito do qual os papéis desempenhados pelos atores do processo são diversos, impondo-se, aos juizes, postura de absoluta imparcialidade, com relação às demandas que lhes são postas à apreciação, consoante adverte José Frederico Marques:

<sup>5</sup> Vicente Greco Filho, *Direito Processual Civil brasileiro. Vol. 1*, São Paulo, Saraiva, n. 36, p. 22.

<sup>6</sup> Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal. Vol. 2*, 323ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 659.

<sup>7</sup> “Art. 5º (...)

XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (...).”

46750  
A

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*"No sistema acusatório, autor e réu se encontram em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, ou juiz – tal como o consagra o direito brasileiro. A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão somente da aplicação imparcial da lei para dirimir conflitos entre o jus puniendi e a liberdade do réu".*<sup>8</sup>

No mesmo sentido, assevera Fernando da Costa Tourinho Filho que:

*"Não se pode admitir Juiz parcial. Se o Estado chamou a si a tarefa de dar a cada um o que é seu, essa missão não seria cumprida se, no processo, quer civil, quer penal, não houvesse imparcialidade do Juiz (...). Daí as garantias conferidas à Magistratura pela Lei Maior: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (...). Afinal de contas, um julgamento exige seriedade e imparcialidade, e as partes não teriam tranqüilidade sabendo que à frente do processo está um Juiz impedido ou suspeito (...). Trata-se de verdadeira garantia em respeito ao direito que as partes têm de ser julgadas por Juiz imparcial. E essa imparcialidade proporciona uma indissimulada conotação ética ao processo".*<sup>9</sup>

No presente caso, analisando-se a postura adotada pelo D. Ministro Relator Joaquim Barbosa, é possível inferir que ele não goza de imparcialidade, com relação aos fatos de que trata a ação penal vertente.

Ora, desde que assumiu a relatoria do processo, o D. Ministro Relator, em diversas ocasiões, mostrou-se simpático aos argumentos – diga-se, equivocados – trazidos pelo I. Procurador-Geral da República. A bem da verdade, mostrou-se tendente a acolher as teses da acusação pública.

<sup>8</sup> José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal, Volume 1, 3ª atual.*, Campinas, Millenium, 2009, p. 49.

<sup>9</sup> Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal, Vol. 1, 32ª ed.*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 63/64.

46751  
R

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

46752  
A

O posicionamento prévio com relação ao juízo que tem sobre os fatos narrados na denúncia criminal oferecida pode ser verificado em entrevista realizada pelo jornal "O Estado de São Paulo", em 02 de setembro de 2007.

Naquela oportunidade, levando-se em consideração a maneira como se comportara o D. Ministro Relator, desde o início das investigações, questionou-se por que ele havia concluído que "o ex-deputado Dirceu era o mentor chefe supremo do esquema e todos prestavam obediência a ele".<sup>10</sup>

Como resposta, ouviu-se que o D. Ministro Relator, juiz que se pressupõe imparcial, havia, no relatório por ele confeccionado, transformado em suas as alusões exaradas pelo I. Procurador-Geral da República, consoante abaixo se verifica:

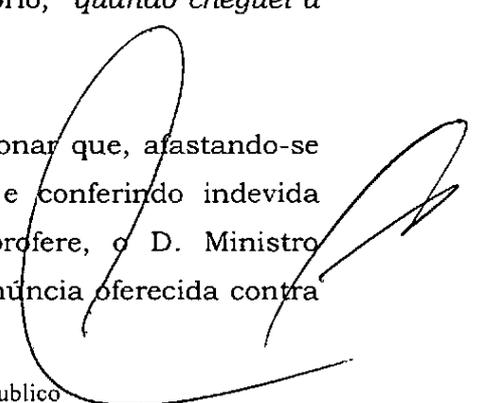
*"Ali estava simplesmente tentando dizer com outras palavras o que estava na denúncia do procurador".*

Desta feita, percebe-se que o D. Ministro Relator, quando da apreciação da denúncia oferecida, no plenário desse Egrégio Supremo Tribunal Federal, apressou-se em dizer que o seu posicionamento, com relação ao suposto esquema do *Mensalão*, era coincidente àquele apresentado pelo D. Ministério Público Federal, porém, manifestado "com outras palavras".

É importante frisar que o D. Ministro Joaquim Barbosa, antes mesmo que fosse iniciada a ação penal, vislumbrava clara a existência de um esquema, supostamente criminoso, que envolvia os denunciados, no âmbito da ação penal nº 470. Assim, na mesma entrevista acima mencionada, afirmou que, na leitura de seu relatório, "quando cheguei à quadrilha, tudo já estava muito claro".

Outrossim, cumpre mencionar que, afastando-se de seu papel de equidistância em relação às partes, e conferindo indevida importância à repercussão social das decisões que profere, o D. Ministro Joaquim Barbosa disse ter sido gratificante receber a denúncia oferecida contra

<sup>10</sup> [www.conjur.com.br/2007-set-02/joaquim\\_barbosa\\_intervista\\_conquistou\\_publico](http://www.conjur.com.br/2007-set-02/joaquim_barbosa_intervista_conquistou_publico)



# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

os **Acusados**, tendo em vista que, a partir disso, ele pôde notar o apoio das pessoas nas ruas, dos cidadãos comuns:

*“Estadão – Mas, ministro, como repercutiu entre as pessoas a sua decisão?”*

*Joaquim Barbosa – A novidade de tudo isso é que o cidadão comum, as pessoas, nas ruas compreenderam. Isso é gratificante, muito gratificante”.*

Nesse contexto, percebe-se que o D. Ministro Relator da presente ação penal talvez esteja mais preocupado em apresentar uma decisão que atenda aos anseios da população, que lhe proporcione reconhecimento social, do que em pautar-se na observância das regras e princípios da Constituição Federal, e das regras do Direito Processual Penal.

Para comprovar a importância exagerada que o D. Ministro Relator dispensa à presente ação penal, que tem forte apelo social, cumpre, ainda, sejam destacados excertos extraídos de entrevista por ele concedida ao Jornal “Folha de São Paulo”, no âmbito da qual é possível verificar a finalidade midiática das decisões por ele tomadas, que, ademais, utiliza, reiteradamente, o processo do “Mensalão” como estandarte de sua atuação, junto ao Supremo Tribunal Federal:

*“Folha de São Paulo – Sua decisão de quebrar o sigilo do inquérito do mensalão contribuiu para a abertura do Supremo à sociedade. Quais os aspectos positivos e negativos dessa exposição?”*

*JB – Eu acho que o lado bom é o pedagógico. Aproxima o tribunal da sociedade (...). O tribunal entra nos lares dos brasileiros (...).*

*Folha de São Paulo – O Supremo é mais rigoroso para receber denúncias de crimes de colarinho branco?*

*JB – O Supremo é bem mais rigoroso em matéria penal em geral. O tribunal tem a tradição de mais rigor, nesses últimos anos. Vejamos o caso do mensalão. Com a importância do STF, com o número de causas e problemas seriíssimos que tem para resolver, é racional que o tribunal*

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*gasta cinco dias inteiros só para julgar o recebimento de uma denúncia? Com todas as dificuldades que o Brasil inteiro assistiu ao vivo? O recebimento de uma denúncia como aquela, no primeiro grau, seria um despacho de duas páginas".*<sup>11</sup>

A atuação imparcial do D. Ministro Relator, que possivelmente não goza de condições para atuar na presente ação penal, além de lhe render diversas exceções de impedimento, fez com que manifestações surgissem, no universo jurídico, repudiando a sua atuação e a exposição indevida que deu ao caso do "Mensalão".

Nesse mister, questionando a capacidade subjetiva de o M. Ministro Joaquim Barbosa apreciar a ação penal vertente, o jurista Luiz Flávio Gomes assim asseverou:

*"A idéia que acaba de ser lançada tem a vantagem de evitar que um dos Ministros do Supremo seja relator instrutor (como aberrantemente é hoje). Isso compromete sua imparcialidade. Aliás, é totalmente inconstitucional. O Min. Joaquim Barbosa, por exemplo, está totalmente comprometido com o caso do Mensalão. Não irá nunca julgar essa causa com isenção, em razão do seu comprometimento moral, psicológico e funcional. Já não é um juiz independente para julgar esse caso. Deveria, evidentemente, ser afastado do processo".*<sup>12</sup>

Cumpré ainda destacar que, inobstante o D. Ministro Relator padeça de problemas de saúde, que têm dado ensejo a frequentes afastamentos de suas atividades, o Ministro Joaquim Barbosa, em certas situações, faz supor que sua permanência junto à essa Egrégio Corte está vinculada ao julgamento do presente processo, depois do que ele poderá ganhar maior visibilidade midiática e se aposentar.

<sup>11</sup> <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2508200817.htm>

<sup>12</sup> Luiz Flavio Gomes, Do artigo "172 ações penais no STF: nenhuma condenação", publicado em 24 de março de 2009, no site "Migalhas"; acesso em 18.11.2009 - [www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod80702](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod80702)

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

46755  
A

Tais assertivas se fundam em conjunto de dados concatenados, que, examinados *in totum*, levam a perceber nos autos, na mídia e no ambiente do Poder Judiciário, que a decisão do D. Ministro Relator poder surgir contrária aos imputados, com vistas ao resguardo de interesses estranhos à justiça do caso.

Diante disso, nesse quadrante da história brasileira, verifica-se possível que o julgamento da presente ação penal, de relatoria do D. Ministro Joaquim Barbosa, seja conduzido sem a recomendada imparcialidade, essencial para a efetivação de uma ordem de Direito Democrática. Daí ser necessário expressa manifestação do D. Relator, quanto à incerteza desta defesa e de diversas pessoas, quanto a seu ânimo de apreciar o processo-crime, de forma livre e equilibrada (artigo 254, do Código de Processo Penal, combinado com o artigo 135, do Código de Processo Civil).

### **III – Breves Esclarecimentos Sobre as Atividades da Corretora Bônus Banval**

#### **III.1. Breves Esclarecimentos Sobre as Atividades da Corretora Bônus Banval**

Para a perfeita compreensão dos argumentos que serão expendidos nas presentes alegações finais, faz-se mister, inicialmente, seja elaborado um panorama das atividades empresariais desempenhadas pela **Bônus Banval**. Isso porque, há de ser rechaçado o absurdo entendimento do I. Procurador-Geral da República, que a considerou uma “*corretora especializada em lavagem de dinheiro*” (alegações finais, fls. 85).

A **Bônus Banval**, que, à época dos fatos, pertencia aos **Acusados**, teve origem a partir de fusão das empresas **Banval CCTVM** (existente desde o ano de 1993) e **Bônus Commodities** (constituída no ano de 1997), ocorrida em fevereiro de 2002.

Antes mesmo de iniciar as suas operações, com o objetivo inafastável de cumprir, fielmente, todas as normas que regulavam o seu setor de atuação, a **Bônus Banval**, por intermédio de seus administradores, obteve todas as autorizações necessárias, junto ao Banco Central do Brasil (BACEN) e à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), entidades autárquicas responsáveis pela regulamentação e fiscalização do mercado financeiro.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Ademais, como forma de reforçar o comprometimento da empresa para com as diretrizes do ordenamento jurídico pátrio, os **Acusados**, à época, diretores da empresa, foram submetidos a exames aplicados, também pelo Banco Central do Brasil (BACEN) e pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que evidenciaram a aptidão de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, para atuar no mercado de valores mobiliários.

Nesse contexto, é importante frisar que a **Bônus Banval**, justamente em virtude dos cuidados que dispensava às normas que regulamentavam as suas atividades, jamais foi autuada, nos incontáveis procedimentos de fiscalização, aos quais foi submetida, nunca teve qualquer condenação alusiva à lavagem de dinheiro, tampouco foi identificada, negativamente, pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), como restou demonstrado no curso da presente ação penal.

Sobre essa situação, vale ressaltar trechos do interrogatório judicial dos **Acusados**:

*(...) isso é uma questão extremamente importante porque eu tenho 30 anos de mercado financeiro e conheço o mercado financeiro a fundo (...). A Bônus Banval sempre foi uma empresa, gostaria de falar que ela foi fundada em 93, ou seja, nós temos 14 anos de mercado financeiro, nunca fomos processados por nenhum... Junto a nenhum órgão, Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários, Bovespa, BMF, eu nunca tinha nenhuma punição aos 30 anos de vida profissional (...).*

(Interrogatório – Breno Fischberg – fls. 16573/16590)

*“MPF: A Bônus Banval adotava medidas de compliance e de conheça seu cliente?*

*INTERROGANDO: Sim, tinha o compliance (...) era feito todo um cadastro muito rigoroso de acordo com as normas da CVM, do Banco Central, era muito rigorosa a seleção”.*

(Interrogatório – Enivaldo Quadrado – fls. 16672/16693)

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Em virtude dessa esmerada postura de zelo pela legalidade, a **Corretora Bônus Banval** ganhou posição de destaque no mercado financeiro, atuando de forma intensa e efetiva, junto à Bolsa de Mercadorias e Futuro (BM&F) e à Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), onde era responsável pela administração dos investimentos de aproximadamente 3.000 (três mil) clientes cadastrados, o que fez com que a empresa chegasse a contar com mais de 40 colaboradores:

*“INTERROGANDO: (...) nós tínhamos na época 40 operadores que recebiam os atendimentos, davam atendimentos a todos os clientes (...).*

(Interrogatório – Breno Fischberg – fls. 16573/16590)

Por conseguinte, os valores movimentados pela **Bônus Banval**, diariamente, eram vultosos, alcançando, em média, a quantia de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), conforme aduziram **Breno Fischeberg** e **Enivaldo Quadrado**, perante a Justiça Federal de São Paulo - SP:

*DEFENSOR (pelo Breno): Qual era o tamanho da Bônus Banval na época dos fatos?*

*INTERROGANDO: Era uma **Corretora** de porte médio com... Por volta de 3 mil clientes cadastrados, movimentação de área financeira bem grande, na verdade, típicas operações do mercado financeiro, os valores são muito grandes”*

(Interrogatório – Breno Fischberg – fls. 16573/16590)

*“DEFENSOR (por Enivaldo): Qual o tamanho da **Corretora** em volumes de operações, em valores, mais ou menos?*

*INTERROGANDO: Muito grande. Uma **Corretora** que por dia tinha um movimento perto de... às vezes 20 milhões, 30 milhões. Bastante grande. Tinha muitos bancos que operavam conosco.*

(Interrogatório – Enivaldo Quadrado – fls. 16672/16693)

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

46758  
AV

Destarte, estabelecida no mercado financeiro paulista há vários anos, a **Bônus Banval** se destacava no seu ramo de atividades, circunstância que ficou demonstrada ao longo da fase instrutória, do presente processo-crime. Prova disso é extraída das oitivas de diversas testemunhas, que, refutando a imaginária tese de que a empresa seria “*especializada em lavagem de dinheiro*”, foram enfáticas ao asseverar serem marcados pela excelência os serviços prestados pela reconhecida Corretora:

DEFENSORA (Dra. Luciana): O senhor conhece a Corretora Bônus Banval?

TESTEMUNHA: Conheci.

DEFENSORA (Dra. Luciana): Sabe dizer se possuía muitos clientes e era conhecida no mercado?

TESTEMUNHA: Tinha, tinha bastante cliente, era conhecida também.

DEFENSORA (Dra. Luciana): Há quanto tempo ela atuava no mercado, o senhor tem conhecimento?

TESTEMUNHA: Pelo menos uns 8 anos, pelo que dá pra precisar, acho que pelo menos 8 anos que eu conheci”.

(Testemunha de Defesa: Luiz Carlos Casante – fls. 29388/29393)

“DEFENSORA (Dra. Luciana): Sabe dizer se a Corretora possuía uma atividade de destaque no mercado financeiro?

TESTEMUNHA: No segmento que ela atuava, sim (...) eles estavam indo bem”.

(Testemunha de Defesa: Jorge Gurgel Fernandes Neto (29365/29369)

“DEFENSOR (Dr. Leonardo): No ano de 2003, o senhor se recorda se a Corretora Bônus Banval ainda era considerada uma Corretora de porte médio?

DEPOENTE: Ainda era, apesar de eu ter vendido minha participação societária em 98, a Corretora continuou funcionando. E era conhecida no mercado.

(Testemunha de Defesa: Marcelo Elauy – fls. 38092/38097)

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

"DEFENSORA (Dra. Luciana): Sabe dizer se a Corretora estava estabelecida no mercado há muito tempo?

TESTEMUNHA: Sim, pelo que eu conheço, eu conheço a Bônus em 2001, mas já era uma Corretora que estava no mercado sim há algum tempo (...) a gente tinha o cuidado muito grande com cliente quando você traz para operar, então, particularmente eu fazia aquele conheça o seu cliente, para saber a origem, principalmente de negócio".

(Testemunha de Defesa: Luiz Henrique de Oliveira - (29374/29381)

"DEFENSOR (Dr. Leonardo): A corretora Bônus Bânval tinha uma atividade efetiva no sistema financeiro? Ela fazia muitas operações financeiras por dia?

TESTEMUNHA: Não era uma corretora de grande porte, mas era uma corretora atuante (...).

DEFENSOR (Dr. Leonardo): Quantos funcionários trabalhavam na corretora Bônus Banval?

TESTEMUNHA: Entre funcionários e autônomos, alguma coisa próxima de 35 pessoas".

(Testemunha de Defesa: Marcelo Sepulveda - fls. 29421/29427)

"DESENSOR (Dr. Leonardo): Quantos funcionários trabalhavam na corretora Bônus Banval?

TESTEMUNHA: Funcionários..., eu não sei o número exato, mas arriscaria dizer entre 20 e 25 (...)".

(Testemunha de Defesa: José Aparecido Costa de França)

"DEFENSOR (Dr. Leonardo): A corretora Bônus Banval tinha um número relevante de operações financeiras por dia?

TESTEMUNHA: Sim. Razoável. Tinha sim (...)

DEFENSOR (Dr. Leonardo): A corretora Bônus Banval tinha um número relevante de clientes?

TESTEMUNHA: (...) Operava bem no mercado.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*DEFENSOR (Dr. Leonardo): Quantos funcionários trabalhavam na corretora Bônus Banval?*

*TESTEMUNHA: Contando operadores de pregão, umas 35 a 40 pessoas (...).*

*DEFENSOR (Dr. Leonardo): Os clientes da corretora Bônus Banval era devidamente registrados em ficha cadastral da empresa?*

*TESTEMUNHA: Sim. Toda a pessoa física, enfim, qualquer pessoa que opere em qualquer corretora ela tem que ter a princípio o cadastro. Não existe a possibilidade... Até porque as operações têm que ser registradas no nome de alguém. E lá não era diferente (...). Isso tudo era feito.*

*DEFENSOR (Dr. Leonardo): O senhor tem conhecimento, notícia, de alguma fiscalização feita pela Bolsa no sentido de alguma irregularidade nessa contabilidade?*

*TESTEMUNHA: Não. Não tenho".*

(Testemunha de Defesa: Ubirajara dos Santos Macieira – fls. 29439/29449)

*“DEFENSOR (Dr. Leonardo): Qual era a sua atribuição na corretora Bônus Banval?*

*TESTEMUNHA: Operadora de mesa.*

*DEFENSOR (Dr. Leonardo): A senhora fazia muitas operações financeiras por dia?*

*TESTEMUNHA: Fazia.*

*DEFENSOR (Dr. Leonardo): A senhora tem como precisar quantas operações financeiras, mais ou menos?*

*TESTEMUNHA: Como precisar, não, porque era... Tinha dia de mercado atípico, dias que dava meia e menos equivale a quantidade de contratos uns 500, 600 contratos por dia, 700 contratos por dia (...).*

*DEFENSOR (Dr. Leonardo): Quantos funcionários trabalhavam na corretora Bônus Banval?*

*TESTEMUNHA: Mais ou menos uns 40 e poucos funcionários.*

(Testemunha de Defesa: Fabiana Rodrigues Calzado – fls. 29450/29458)

46760  
R

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Para concluir, cumpre sejam trazidas à colação as palavras da testemunha de defesa José César Odorizi, ex-cliente da **Corretora Bônus Banval** -, a qual, diga-se, jamais praticou qualquer conduta ilícita -, que afirmou serem absolutamente regulares as operações realizadas por seu intermédio, tal como se verifica nos excertos abaixo:

*(...) que sempre operou com a Corretora lhe foi exigido total regularidade cadastral; que todos os negócios que fez com a Corretora foram regulares e feitos com lisura, inclusive, com apresentação de demonstrativos e extratos, devidamente fiscalizados pela BMF; que pelo que sabe a Corretora sempre prestou serviços de maneira adequada e transparente; que a Corretora Bônus Banval era uma das maiores de São Paulo, das que operavam na BMF; que sabe que a Corretora era antiga, mas não sabe há quanto tempo existia a Corretora; que a Corretora operava regularmente no mercado; que a Corretora Bônus Banval não deixou nenhum tipo de prejuízo para o depoente”.*

(Testemunha de Defesa: José César Odorizi - fls. 31391/313995)

Diante do exposto, levando-se em consideração o material probatório acostado aos autos da ação penal, há de se concluir ser inverídica a afirmação feita pelo I. Membro do Ministério Público Federal, que aduz ser a **Corretora Bônus Banval** “*especializada em lavagem de dinheiro*”. A bem da verdade, essa absurda afirmação, assim como todas as demais feitas em detrimento dos **Acusados**, é fruto de inadmissível suposição do D. *Parquet*, que, acredita-se, serão devidamente sopesadas por esse E. Supremo Tribunal Federal, o qual, por certo, proferirá decreto absolutório em favor de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, que jamais estiveram envolvidos em quaisquer crimes.

### III.2 – Das Circunstâncias Que Trouxeram – Indevidamente – a Corretora Bônus Bânval Para o Cerne da Presente Ação Penal

Uma vez demonstrado que a **Corretora Bônus Banval** sempre atuou com estrita observância aos ditames legais, circunstância que lhe possibilitou angariar inúmeros clientes, tornando-se uma respeitada

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

instituição, atuante no mercado financeiro, é necessário esclarecer por que motivo a empresa, bem como os seus administradores, foram - indevidamente - inseridos no cerne da presente ação penal.

Em meados do ano de 2003, a **Corretora Bônus Banval**, em franco processo de crescimento e contando com número aproximado de quarenta funcionários, deu início a um processo seletivo, por intermédio do qual seriam contratos estagiários, estudantes de administração de empresas, para atuação no mercado de valores mobiliários.

Dentre os candidatos, estava a pessoa de Michelle Janene. Assim, encerrado o processo de seleção, ela foi contratada, sem que **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado** soubessem que seu pai era, à época, o Deputado Federal **José Janene**.

A partir de então, tendo em vista as freqüentes viagens que o Deputado Federal fazia a São Paulo - SP, principalmente em virtude de tratamentos médicos, **José Janene** passou a visitar, esporadicamente, o escritório da **Corretora Bônus Banval**, para visitar a sua filha.

Diante desse contexto, dado o vínculo com Michelle Janene, ainda no início de sua vida profissional, o ex-Deputado Federal conheceu **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, tal como fora aduzido no interrogatório judicial de todos eles:

*JUÍZA: O senhor conhece as outras pessoas que eu mencionei aqui para o senhor?*

*INTERROGANDO: Conheço o ex-Deputado José Janene e conheço o seu auxiliar, não sei como... Hã... Genu... Acho que era João Cláudio Genu, que era assessor parlamentar.*

*JUÍZA: Qual era a sua relação com eles?*

*INTERROGANDO: Nenhuma. Ele... A filha dele fez estágio na minha empresa.*

*JUÍZA: A filha de quem?*

*INTERROGANDO: A filha do Deputado José Janene fez estágio na nossa empresa e eles são de fora de São Paulo, são do Paraná e quando ele vinha a São Paulo, algumas*

46762  
M

46763  
AV

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

vezes ele esteve no meu escritório para visitar a filha e eu acabei o conhecendo de passagem o meu escritório (...).

(Interrogatório Judicial: Breno Fischberg - fls. 16573/16589)

"INTERROGANDO: Voltar um pouquinho. No finalzinho de 2003, uma seleção de estagiários, nós contratamos... Eu contratei a filha do Deputado José Janene, Michelle Janene. E ele passou a freqüentar as dependências da corretora visitando a filha que estava morando aqui em São Paulo.

(Interrogatório Judicial: Enivaldo Quadrado - fls.16672/16693)

"(...) Acusado: A Bônus Banval é... bom, era uma corretora em que a minha filha fazia um estágio (...)".

(Interrogatório Judicial: José Janene - fls. 16076/16102)

"(...) BÔNUS BANVAL; QUE sabe que a filha do Deputado José Janene fazia estágio naquela empresa; QUE às vezes, acompanhava o Deputado JOSÉ JANENE a São Paulo para o mesmo fazer exames médicos, pois o Deputado sofre de problemas cardíacos e necessitava de acompanhante; QUE quando iam a São Paulo, o Deputado visitava sua filha na empresa BÔNUS BANVAL (...)".

(Interrogatório Judicial: João Ganú - fls. 15562/15569)

Posteriormente, dentre as conversas havidas entre eles, destacou-se o tema relacionada à pretensão que tinham **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, de vender a **Corretora Bônus Banval**. Por isso, tendo obtido informações de que o corréu **Marcos Valério** teria intenção de adquirir a empresa, **José Janene** o apresentou aos **Acusados**, consoante aduzido, exaustivamente, nos interrogatórios judiciais realizados:

"INTERROGANDO: Senhor Marcos Valério nos foi

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

apresentado como uma pessoa que era interessada na compra da Bônus Banval Corretora BMF e nós tivemos algumas reuniões com ele no meu escritório, junto com seu advogado, doutor Rogério Tolentino e ele esteve no nosso escritório comigo umas quatro vezes analisando os números da minha empresa pois nós tínhamos interesse, em de virtude de um problema anterior, de vender a Bônus Banval Corretora (...) a empresa que nós gostaríamos de vender, queríamos vender e acabamos vendendo (...)".

(Interrogatório Judicial: Breno Fischberg - fls. 16573/16589)

"(...) Deputado José Janene (...).

E numa conversa, num bate-papo, eu comentei algumas dificuldades que a gente vinha sofrendo, e ele me apresentou o Marcos Valério como possível comprador da corretora. Nós tínhamos interesse em vender para sanear vários problemas e me apresentou o Marcos Valério".

(Interrogatório Judicial: Enivaldo Quadrado - fls.16672/16693)

"Acusado: Eu ouvi essa conversa de que o Marcos Valério talvez tivesse interesse em comprar uma corretora... e poderia ser a Bônus Banval".

(Interrogatório Judicial: José Janene - fls. 16088/16102)

Assim, durante o período em que se aventou a possibilidade de que **Marcos Valério** adquiria a **Corretora Bônus Banval**, algumas reuniões foram realizadas e, em certas ocasiões, **Enivaldo Quadrado** foi por ele procurado, tendo em vista que o empresário, do setor de publicidade, almejava atuar no setor financeiro e pretendia investir no mercado de ouro.

O interesse dele pelo mercado especializado, levou-o à empresa cliente **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, cujo expertise era a venda e compra no mercado de ouro.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Vale observar que, seja em razão da negociação da venda da **Corretora Bônus Banval**, seja diante da imagem de publicitário bem sucedido e rico, a intenção de **Marcos Valério** não trouxe suspeita alguma. Afinal, estabelecido em Minas Gerais, seu vínculo com o metal parecia oriundo da tradição.

Destaca-se que, à época dos fatos, o publicitário **Marcos Valério** gozava de elevado reconhecimento no setor de publicidade, circunstância que eliminou quaisquer perquirições quanto à possível origem ilícita de seus valores, que, pressupunha-se, eram oriundos do trabalho reconhecido que desempenhava, junto às suas agências e empresas.

Nesse sentido, cumpre sejam destacadas as declarações prestadas por **Delúbio Soares**, que, esclarecendo como conheceu o publicitário, aduziu que ele *"lhe foi apresentado como um grande profissional do ramo de publicidade"* (Oitiva Policial – fls. 245/250). Ainda, *"QUE MARCOS VALÉRIO então relatou ao declarante que possuía contratos com o BANCO DO BRASIL, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e alguns Ministérios dos quais não se recorda; QUE ficou surpreso com a revelação de tão importantes contratos das empresas de MARCOS VALÉRIO (...)"*.

Importante, ainda, consignar que **Marcos Valério**, em diversas ocasiões, buscava, propositalmente, demonstrar que dispunha de elevado poder econômico. Era rico e bem sucedido, e tinha hábitos caros, como a criação de cavalos.

Nesse sentido, a aquisição da **Corretora Bônus Banval** seria mais uma dessas demonstrações de poder econômico, principalmente porque, dizia o próprio **Marcos Valério**, com a compra da empresa, ele poderia ser proprietário, um dia, do **Banco Valério**.

Dada a condição objetiva de publicitário, atuante e próspero, **Marcos Valério** abusou da boa-fé dos **Acusados**, ao lhes pedir que retirassem valores ("cash"), em instituição financeira. Assim, aceitou-se, a título de favor, efetuar saques bancários para **Marcos Valério**, na cidade de São Paulo – SP, que estava impossibilitado de fazê-los, porquanto todas as suas atividades eram sediadas em Belo Horizonte – MG.

46765  
du

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Desse modo, tendo em vista todo o cenário de negociação da Corretora, que permeava a relação dos envolvidos, **Enivaldo Quadrado** não viu quaisquer problemas em fazer favores, *prima facie*, lícitos, àquele que, potencialmente, seria o comprador da **Corretora Bônus Banval**, tal como aduziu em seu depoimento:

Na verdade, a gente estava num relacionamento de compra e venda da corretora, eu achei até que ele quisesse me impressionar com esses valores. Então, não ponderei, não desconfiei de nada (...)."

(Interrogatório Judicial: Breno Fischberg - fls. 16573/16589)

Diante disso, tem-se que todos os saques efetuados por intermédio da **Corretora Bônus Banval**, em benefício de **Marcos Valério**, ou de pessoas por ele indicadas, tinha como motivo, exclusivamente, fosse criado um ambiente favorável à concretização da alienação da empresa dos **Acusados**. Eles jamais obtiveram quaisquer informações sobre a origem ou destinação dos valores respectivos, situação que ficou comprovada ao longo da presente ação penal, mas que foi - arbitrariamente - desconsiderada pelo I. Procurador-Geral da República.

Ademais, cumpre ressaltar, no que concerne às supostas operações financeiras feitas pela Natimar Negociações e Intermediações Ltda., que, embora ela atuasse no mercado financeiro, por intermédio da **Corretora Bônus Banval**, os **Acusados** jamais exerceram qualquer ingerência sobre as movimentações, que, sempre, eram feitas sob expressa ordem de **Carlos Alberto Quaglia**, responsável pela empresa. Nem mesmo imaginaram que os valores ali investidos pela cliente seriam provenientes de depósito de empresas atrelada a **Marcos Valério**.

É importante ressaltar que os valores das operações da **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.** não chamaram a atenção da corretora, porque dentro do fluxo normal de investimentos daquele cliente.

46766  
A

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Assim, os **Acusados**, sempre atuaram em estrita observância aos seus deveres legais, eis que todas as operações foram devidamente registradas, inclusive, para efeito de pagamento dos tributos delas oriundos. Outrossim, obedeceu-se, a todo instante, as ordens que eram emanadas pelo proprietário da **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.** – aparentemente, lícitas.

Tal situação está comprovada nos autos da ação penal, no âmbito da qual foram acostados, inclusive, as determinações de transferências, devidamente assinadas por **Carlos Alberto Quaglia**, consoante aduziram **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, perante a Justiça Federal de São Paulo – SP:

*“JUÍZA: Mas aqui no caso foi a Natimar que operou com a Bônus, como foi o negócio?”*

*INTERROGANDO: Para a corretora, foi a Natimar que depositou (...). Recebeu depósitos da Natimar como ela vinha fazendo... Sempre fez durante todo o período que ela operou conosco como cliente, nada de diferente, ela depois avisou a área financeira que estaria depositando recursos para poder operar nos mercados. Ela operou (...) Mas para a Bônus esses valores entraram como se fossem créditos da cliente Natimar e esses recursos foram utilizados nos mercados na compra e venda dos ativos financeiros realizados no pregão da bolsa mercantil de futuros (...). Nós nunca escondemos nada. Nunca houve por parte da Bônus Barval nenhum interesse em omitir qualquer informação. Até porque é impossível omitir uma informação, já que o Banco Central restreia todos os valores (...). Excelência, é importante isso porque para nós os depósitos eles são comunicados por telefone como é de praxe o cliente nos liga e informa que vai estar depositando o valor, aquele valor estimado, estipulado naquele dia na nossa conta. Esses valores foram informados pela Natimar que haveria os depósitos, foram feitos depósitos naturalmente?*

(Interrogatório Judicial: Breno Fischberg - fls. 16573/16589)

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

"JUÍZA: A Bônus Banval e a Natimar elas negociavam normalmente?"

INTERROGANDO: Não, a Bônus só era intermediária, representante junto à Bolsa. Quem opera, na verdade, é o próprio cliente. A Bônus só é o... Como é que se diz? A empresa que aceita as ordens do cliente para a Bônus, só a corretora (...).

O dinheiro entrou na corretora, eu não sabia de onde vinha, entrou nas contas da Natimar".

(Interrogatório Judicial: Enivaldo Quadrado - fls. 16672/16693)

Diante do exposto, resta demonstrado que todos os recursos, supostamente ilícitos, que teriam passado pelos **Acusados**, podia-se presumir, eram lícitos, inexistindo qualquer indício, mínimo que fosse, que teriam origem ilícita. Pelo contrário, ao praticar as condutas que lhes são atribuídas, **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado** sempre atuaram convictos de que tudo o que faziam tinha respaldo em normas jurídicas e com elas estava em perfeita consonância. Afinal:

(i) A pedido de **Marcos Valério**, rico empresário e potencial adquirente da **Corretora Bônus Banval**, foram realizados quatro saques bancários, junto à Tesouraria do Banco Rural em São Paulo, que os **Acusados** julgavam ser absolutamente lícitos, eis que as pessoas eram identificadas, apresentavam documentos e eram registradas as movimentações, de forma transparente;

(ii) Por intermédio da subconta da empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, sobre a qual os **Acusados** não tinham qualquer ingerência, foram realizadas diversas operações - todas lícitas e transparentes -, sempre, mediante expressas ordem e anuência do proprietário e responsável pela empresa, **Carlos Alberto Quaglia**.

Em suma, naquela circunstancialidade, nada levaria os **Acusados** a conjecturar que **Marcos Valério** "et cetera" estariam a perpetrar qualquer espécie de delito.

**IV - Da Permanente Postura Colaborativa dos Acusados ao Longo da Persecução Penal**

Antes que seja feita uma incursão mais profunda no mérito vertente ação penal, para provar que ela deverá ser julgada improcedente, é curial seja analisada a postura colaborativa adotada pelos **Acusados**, desde quando, surpreendentemente, tomaram conhecimento das absurdas acusações que lhes foram dirigidas, até o presente momento, em que chega ao fim o processo criminal. -

Já no início das investigações, empreendidas pelo Departamento da Polícia Federal e pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI dos Correios), constituída para averiguar os fatos ora abordados, tão logo obtiveram informações - absurdas -, de que estariam envolvidos no suposto "Mensalão", os **Acusados**, *sponte propria*, tomaram todas as providências necessárias, para auxiliar as autoridades públicas na busca pela verdade real.

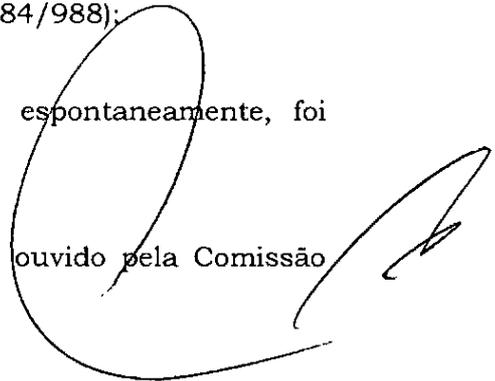
Afinal, como eles próprios desconheciam os graves fatos que lhes eram atribuídos, os **Acusados**, seguros quanto à legalidade de todas as condutas por eles perpetradas, colocaram-se ao pleno dispor da Justiça e da D. Autoridade Policial, para que pudessem contribuir com as diligências investigatórias que seriam empreendidas.

Nesse mister, em diversas ocasiões, os **Acusados** compareceram perante o Departamento da Polícia Federal e a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios, com a finalidade de deixar comprovada a legalidade de todos os procedimentos que eram realizados, no âmbito das atividades da **Corretora Bônus Banval**. Assim:

(i) Aos 05 de agosto de 2005, **Enivaldo Quadrado** prestou depoimento perante o Departamento da Polícia Federal em São Paulo - SP (fls. 984/988);

(ii) Aos 26 de agosto de 2005, **Enivaldo Quadrado**, espontaneamente, foi reinquirido, pela Polícia Federal;

(iii) Aos 31 de agosto de 2005, **Enivaldo Quadrado** foi ouvido pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito;



# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

(iv) Aos 06 de dezembro de 2005, **Enivaldo Quadrado** esteve junto ao Departamento da Polícia Federal, no Distrito Federal, oportunidade em que foi realizada a sua acareação com Carlos Alberto Quaglia, sócio-proprietário da empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.** (fls. 3645/3647);

(v) Aos 31 de janeiro de 2006, **Breno Fischberg** compareceu ao Departamento da Polícia Federal em Brasília - DF (fls. 4215/4217);

(vi) Aos 1º de fevereiro de 2006, **Breno Fischebrg** prestou depoimento à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios.

Destarte, tem-se que, mesmo durante as fases preliminares de investigação, os **Acusados** compareceram perante as Autoridades Públicas por seis vezes, tendo em vista que, seguros de sua inocência, buscavam evitar que denúncias descabidas fossem ajuizadas em seu desfavor.

Ainda, cumpre informar que, no correr de sua primeira oitiva policial, **Enivaldo Quadrado**, sem dúvidas quanto à improcedência dos fatos narrados pelos veículos de comunicação, em ato de absoluto respeito à Justiça, abriu mão do direito ao sigilo bancário, com a finalidade de que fossem melhor investigadas as operações financeiras supostamente indevidas (fls. 984/988):

*"(...) QUE neste ato abre mão do sigilo bancário da BÔNUS BANVAL PARTICIPAÇÕES, sendo que solicita a autoridade policial que represente pelo afastamento do sigilo bancário dos clientes cujas contas teriam recebido estes depósitos oriundos de Belo Horizonte/MG e que podem se tratar das entradas que se deseja identificar (...)"*

(1ª Oitiva Policial: Enivaldo Quadrado - fls. 984/988)

Ademais, a comprovar a boa-fé dos **Acusados** - inocentes - e o seu comprometimento com a busca pela verdade real, basta aludir à circunstância de que, para obter melhores informações sobre os fatos noticiados na mídia, a **Corretora Bônus Banval** contratou os serviços de importante empresa de auditoria, antes mesmo que fosse instada a, oficialmente,

46770  
A

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

46771  
du

prestar esclarecimentos, perante a D. Autoridade Policial:

"(...) QUE **está realizando uma auditoria na BÔNUS BANVAL PARTICIPAÇÕES com o objetivo de confirmar os supostos depósitos**, comprometendo-se a encaminhar o resultado deste trabalho a Polícia Federal, tão logo o mesmo esteja pronto (...)".

(1ª Oitiva Policial: Enivaldo Quadrado - fls. 984/988)

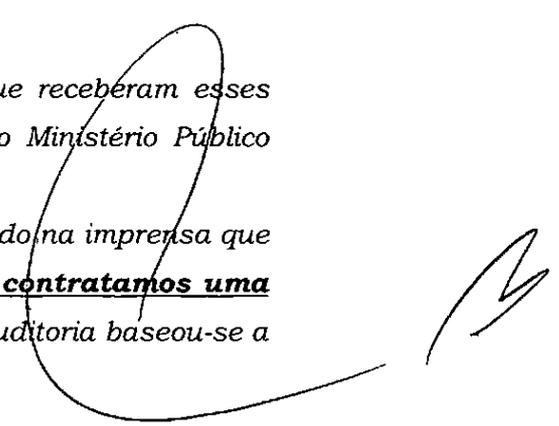
Referido trabalho de auditoria, após concluído, foi entregue ao I. Procurador-Geral da República e à Comissão Parlamentar Mista de Inquéritos dos Correios (Apenso 50), que, somente assim, puderam obter informações mais precisas sobre os valores que transitaram nas contas bancárias da empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, junto à **Corretora Bônus Banval**:

"**Tanto que nós contratamos uma das maiores empresas de auditoria contábil do país que era a Bordin Associados e essa empresa fez quando começou a aparecer o nosso nome uma auditoria que foi entregue ao Procurador-Geral da República, foi entregue à Comissão Parlamentar de Inquérito (...). A Bônus Banval requereu a auditoria e entregou ao Ministério Público Federal e a Comissão Parlamentar de Inquérito (...). acredito que não foram analisados os documentos entregues por nós e **estou à disposição, sempre estivemos à disposição (...)**"**.

(Interrogatório Judicial: Breno Fischberg - fls. 16573/16590)

"(...) a relação, inclusive, de pessoas que receberam esses resgates fui eu mesmo que entreguei ao Ministério Público Federal e à Polícia Federal (...).

Vim a perceber somente depois de ter saído na imprensa que poderia ter havido esses depósitos. **Nós contratamos uma auditoria para que fosse feito**. Essa auditoria baseou-se a



# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*depósitos vindos de Belo Horizonte, foi onde encontramos os depósitos (...)*".

(Interrogatório Judicial: Enivaldo Quadrado - fls. 16672/16693)

Posteriormente, uma vez concluído o laudo particular confeccionado, os **Acusados**, em petição apresentada aos 15 de agosto de 2005, disponibilizaram à D. Autoridade Policial diversos documentos, essenciais para a evolução das investigações, dentre os quais podem ser destacados (fls. 1105/1165):

(i) Correspondência enviada ao Banco do Brasil S.A., por intermédio da qual foram solicitadas informações sobre a identificação de depósitos *on line*, que haviam sido creditados na conta-corrente da **Corretora Bônus Banval**;

(ii) Resposta expedida pelo Banco do Brasil S.A., em virtude da correspondência retromencionada;

(iii) Extrato Bancário da **Corretora Bônus Banval**, contendo todas as movimentações bancárias realizadas no ano de 2004;

(iv) Extrato da conta-corrente da empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, contendo todas as movimentações financeiras realizadas no período compreendido entre abril de 2002 e agosto de 2005;

(v) Correspondências que a **Corretora Bônus Banval**, espontaneamente, enviou aos beneficiários das transferências bancárias, feitas sob ordem da empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, por intermédio das quais foram solicitadas detalhes sobre os negócios jurídicos que as havia dado causa.

Além disso, em mais uma incontestada demonstração de comprometimento com a busca pela verdade real, motivados pela convicção absoluta de que, ao assim proceder, poderiam demonstrar a sua inocência, os **Acusados** fizeram juntar aos autos laudo pericial contábil das operações realizadas pela empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, bem como uma relação completa dos clientes da **Corretora Bônus Banval**.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

46773  
da

Destarte, não resta dúvida de que as providências tomadas por **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, desde o início das investigações, foram adotadas com o firme propósito de que, elucidados os fatos, também para o D. Ministério Público Federal ficasse escancarada a improcedência dos fatos atribuídos aos **Acusados**, que jamais titubearam ao dizerem-se inocentes, porque assim, de fato, o são.

Entretanto, sem que fossem considerados os elementos de convicção juntados aos autos do inquérito policial – não só os fornecidos pelos **Acusados**, mas todo o restante material que instruiu a exordial acusatória, que os comprova ser inocentes -, o I. Procurador-Geral da República ofereceu denúncia em face de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, dando início à presente ação penal, que, consoante será demonstrado ao longo dessas alegações finais, é nula e mostra-se manifestamente improcedente.

## DAS PRELIMINARES

### V – Da Inépcia da Denúncia

#### V.1 - Breves Considerações Sobre os Requisitos de Admissibilidade das Denúncias Criminais

A legislação processual penal dispõe que, entre outros requisitos, a denúncia deve conter a **(i)** exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, bem como a respectiva **(ii)** individualização das condutas dos denunciados, elementos essenciais para a identificação do fundamento da pretensão punitiva da futura *actio penalis*, consoante disposição do artigo 41, do Código de Processo Penal:

*“Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.*

Como se sabe, o objeto do processo penal é o fato delituoso – *é Il fatto che forma oggetto del processo penale*. Sendo assim, é curial

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

que a peça acusatória descreva o fato com todas as suas circunstâncias, "*al fine di facilitare il compito del giudice e di permettere all'imputato di preparare le proprie difese.*"<sup>13</sup>

Os imperativos de precisão e clareza na exposição do fato criminoso pela inicial acusatória constituem pressupostos legais para a válida instauração do processo criminal, e requisitos primordiais para que o indivíduo possa, de maneira eficaz, exercer o direito à ampla defesa, consagrado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Afinal, consoante aduziu o próprio I. Procurador-Geral da República, "por mais paradoxal que pareça, a denúncia é a principal peça de defesa no processo penal" (fls. 10168).

Assim é, justamente, por se tratar a imputação de veículo pelo qual o Estado deduz o *poder-dever* de punir em juízo, sendo o conteúdo da imputação, por sua vez, o próprio objeto de cognição judicial ao longo do processo-crime. Na dicção de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

*"o objeto do processo penal está ligado à imputação, que consiste na formulação da pretensão penal. O objeto da imputação (...) deve permanecer imutável ao longo do processo, pois o objeto da sentença tem de ser o mesmo objeto da imputação, lá baseado em um juízo de certeza, aqui em uma probabilidade. Se o processo serve para a verificação da imputação, a sentença, como momento máximo da conclusão do processo, deve confirmar ou refutar a imputação".*<sup>14</sup>

Tomando-se, portanto, a denúncia (imputação) como alicerce de todo o processo, conclui-se que a formulação de inicial acusatória **genérica**, que deixa de narrar, com precisão, fato considerado por lei penal como crime, e olvida da especificação dos comportamentos de cada um dos indivíduos envolvidos no acontecimento supostamente ilícitos, deve ser considerada **inepta**:

<sup>13</sup> G. Bettiol, *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*, Milano, 1936, p. 17/19.

<sup>14</sup> Gustavo Henrique Ivahy Badaró, *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 88.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

"A inépcia da peça acusatória ficará evidente caso os requisitos previstos no art. 41 do CPP não sejam fielmente seguidos. Na realidade, a parte principal da denúncia ou queixa, que merece estar completa e sem defeitos, é a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias. Afinal, é o cerne da imputação, contra o qual se insurgem o réu, pessoalmente, em autodefesa, bem como por intermédio de defesa técnica.

Se for constatada a falta de aptidão da inicial acusatória deve o juiz rejeitá-la de início (art. 395, I). (...)

Como regra, tanto a denúncia quanto a queixa precisam conter minuciosamente descrita a imputação formulada contra alguém, possibilitando, pois, o exercício do contraditório e da ampla defesa".<sup>15</sup>

Destarte, inviável seja iniciada a persecução penal, em situações nas quais, na exordial acusatória formulada pelo D. Órgão Acusador, não estiverem descritos os fatos supostamente delitivos, em sua inteireza, bem como a atuação de cada indivíduo, na prática das condutas penalmente vedadas. Fazendo coro a esse entendimento, reiteradamente, decide esse Egrégio Supremo Tribunal Federal:

**"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu no sentido de que a descrição genérica da conduta nos crimes societários viola o princípio da ampla defesa. É inepta a denúncia pela prática do crime de apropriação indébita previdenciária quando fundada tão-somente na circunstância de o paciente constar do quadro societário da empresa. É necessário o mínimo de individualização da conduta e a indicação do nexo de causalidade entre esta e o delito de que se trata, sem o que fica impossibilitado o exercício da ampla defesa (Constituição do Brasil, artigo 5º, inciso LV). Ordem concedida"<sup>16</sup>.**

<sup>15</sup> Guilherme de Souza Nucci, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5ª ed. atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008. p. 220.

<sup>16</sup> Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 93683/ES, Min. Rel. Eros Grau, J. 26.02.2008.

46725  
AV

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

"EMENTA: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA (...).

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem exigido a descrição, ainda que mínima, da participação de cada um dos acusados nos chamados crimes societários. Isso para possibilitar o adequado exercício do direito de defesa. HC 80.549, Relator o Ministro Nelson Jobim (...)"<sup>17</sup>

Além disso, o artigo 396, inciso III, do Código de Processo Penal, eleva à condição essencial de admissibilidade das denúncias criminais que nelas esteja demonstrada a existência de "*justa causa para o exercício da ação penal*", inviabilizando-se, assim, a subsistência de acusações desprovidas de um mínimo de elementos probatórios, tal como leciona José Frederico Marques:

"É preciso que haja o fumus boni iuris para que a ação penal contenha condições de viabilidade. Do contrário, inepta se apresentará a denúncia, por faltar legítimo interesse e, conseqüentemente, justa causa".<sup>18</sup>

Assim, é indispensável que qualquer exordial acusatória, seja em delitos de ação penal pública, seja em crimes cuja ação penal é iniciada por iniciativa da vítima, contenha elementos mínimos que demonstrem a existência de uma infração penal, com indícios mais ou menos razoáveis de que o seu autor foi a pessoa acusada, pois, do contrário, inviabiliza-se o exercício de direitos fundamentais, de índole constitucional, violando-se a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, corolários do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, é curial sejam observados os ensinamentos da Professora Ada Pellegrini Grinover, que repudia a instauração de instância penal, sem que, nas denúncias criminais, esteja comprovada a materialidade delitiva e existam indícios contundentes de autoria:

<sup>17</sup> Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 96362, 1ª Turma, Min. Rel. Carlos Britto, j. 25.09.2007.

<sup>18</sup> José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, 2ª ed., Campinas, Millenium, 2000, p. 200.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

46777  
AR

*“A exigência de demonstração da justa causa justifica-se em face da própria natureza do processo penal que leva à necessidade de demonstrar a plausibilidade da existência do direito material, para evitar a conduta temerária da acusação. **O processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana: exige um sacrifício ingente dos direitos da personalidade, espoliando o indivíduo da intimidade e, freqüentemente, da dignidade mesma. Por isso é que um mínimo de fumaça do bom direito há de exigir-se, para que a acusação seja recebida e se dê prosseguimento ao processo**”.*<sup>19</sup>

Nesse diapasão, tem-se que, formalmente, a denúncia criminal, valendo-se dos elementos de convicção de que dispõe o I. Membro do Ministério Público Federal, deve contemplar o suposto fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, atribuindo a cada um dos acusados, de forma individualizada, condutas específicas que tenham adotado, no intento delitivo. Por conseguinte, não basta sejam feitas ilações genéricas, sem apontamento individualizado de condutas, sob pena de que reste desprezados fundamentais direitos individuais, consagrados na Carta da República.

Ademais, do ponto de vista material, é imperioso que as denúncias formuladas contenham a exposição de fato típico, objetiva e subjetivamente, sem a presença do qual não é possível cogitar-se de legitimidade estatal no exercício da persecução penal.

Diante do exposto, em virtude da previsão de requisitos mínimos que precisam conter as denúncias criminais, trazidos pelo Código de Processo Penal, em seus artigos 41 e 396, que fazem coro às previsões constitucionais referentes à proteção das liberdades individuais, força é convir que somente poderá subsistir ação penal derivada de peça acusatória que contemple – e isso não acontece no presente caso –, de forma clara e precisa a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, minimamente embasada em elementos de convicção a ela anexados.

<sup>19</sup> Ada Pellegrini Grinover, *As condições da ação penal*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 69, novembro-dezembro de 2007 – ano 15, p. 189.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

## V.2 – Da Inexistência de Justa Causa Para o Oferecimento da Denúncia, que, Além de Infiel às Informações Colhidas na Investigação Criminal, Não Descreve Fato Típico

Em que pese a conduta colaborativa dos **Acusados** ter viabilizado a demonstração de que eles sempre atuaram em absoluto respeito aos ditames legais, o D. Ministério Público Federal, valendo-se de inadmissíveis presunções e ilações, e desconsiderando os requisitos mínimos de admissibilidade das peças de acusação, ofereceu denúncia em face de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, imputando-lhes a suposta prática dos delitos previstos no artigo 288, do Código Penal, e no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei Federal nº 9.613/1988:

*“Os denunciados José Janene, Pedro Corrêa, Pedro Henry, João Cláudio Genú, Enivaldo Quadrado, Breno Fischberg e Carlos Alberto Quaglia montaram uma estrutura criminosa voltada para a prática dos crimes de corrupção passiva e branqueamento de capitais (...).*

*Ciente de que os valores procediam de organização criminosa dedicada à prática de crimes contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional, os denunciados engendraram mecanismo para dissimular a origem, natureza e destino dos montantes auferidos (...).*

*O segundo mecanismo para a obtenção dos recursos criminosos era por meio das empresas Bônus Banval (...) passaram a se utilizar de forma reiterada e profissional dos serviços criminosos de lavagem de capitais oferecidos no mercado pelas empresas Bônus Banval e Natimar (...) valendo-se de modo profissional dos serviços da Bônus Banval, cujos proprietários são Enivaldo Quadrado e Breno Fischeberg. Os valores oriundos do núcleo Marcos Valério eram depositados na conta da empresa Bônus Banval, que os direcionava internamente para a conta da Natimar junto à própria Bônus Banval (...). Assim, como profissionais do ramo de branqueamento de capitais, Enivaldo Quadrado, Breno Fischberg e Carlos Alberto Quaglia associaram-se de modo permanente, habitual e organizado à quadrilha*

46778  
AN

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*originariamente integrada por José Janene, Pedro Corrêa, Pendro Henry e João Cláudio Genú (...)*

*O valor aproximado de R\$ 1.200.000,00 foi transferido aos parlamentares Pedro Corrêa, Pendro Henry e José Janene pela sistemática de lavagem de dinheiro operacionalizada pela Bônus Banval Participações Ltda. e Bônus Banval Commodities Corretora de Mercadorias Ltda. (...)"*

Ocorre que - isso será agora demonstrado -, o D. Ministério Público Federal, para viabilizar o oferecimento da denúncia criminal, desprezou os elementos de convicção produzidos ao longo da investigação, com base nos quais, facilmente, se conclui serem atípicas todas as condutas perpetradas pelos **Acusados**.

Assim, violou-se, de forma contumaz, o disposto no artigo 41, do Código de Processo Penal, eis que, por evidente, a descrição contida na denúncia, com todas as suas circunstâncias dos supostos delitos, foi feita a partir de uma proposital distorção dos fatos reais, que, evidenciaram as investigações policiais, são perfeitamente consonantes com as disposições existentes em nosso ordenamento jurídico.

Ademais, dever-se-ia supor que a denúncia criminal precisaria ser fiel às informações que foram obtidas no correr das diligências investigatórias, empreendidas pelo Departamento da Polícia Federal, tal como se extrai da razão lógica pela qual existe o inquérito policial-circunstância que, em absoluto, não se verifica na presente ação penal.

Nesse diapasão, é importante deixar consignado que, ao longo das diligências investigatórias, jamais restou comprovado qualquer tipo de tentativa de dissimulação dos valores que circularam pelas contas bancárias da **Corretora Bônus Banval**, donde há de se concluir carecer a denúncia criminal de elemento objetivo necessário à configuração do delito de lavagem de dinheiro, inexistindo, por conseguinte, a materialidade delitiva.

A bem da verdade, com base, principalmente, nos documentos fornecidos à D. Autoridade Policial, pelos próprios **Acusados**, é possível verificar que todas as operações supostamente ilegais realizadas foram

46779  
A

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

devidamente registradas, não havendo quaisquer dúvidas quanto à procedência ou destino dos valores, tanto porque, inclusive, foi efetuado o pagamento integral das Contribuição Provisória Sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF):

*“QUE, inclusive, a BONUS BANVAL reteve CPMF referente às operações solicitadas por CARLOS, num valor total de aproximadamente 30 mil reais, devidamente informado à Receita Federal e constante da declaração anual de rendimentos da empresa (...)”.*

(Oitiva Policial: Breno Fischberg – fls. 4215/4217)

Outrossim, é importante deixar assente que a própria **Corretora Bônus Banval**, após o inícios das investigações policiais, apresentou, *sponte propria*, uma relação completa de todos os beneficiários da conta-corrente da empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.** Tal circunstância, torna evidente o fato de que os **Acusados**, em nenhum momento, pretenderam ocultar ou dissimular a origem de quaisquer recursos.

Pelo contrário, foram **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, com base nos registros das operações que eram realizados pela **Corretora**, que indicaram a origem e a destinação desses recursos.

Ademais, com relação à necessidade de que ficasse demonstrado atuação intencional dos **Acusados**, na prática do fato típico, sem o que é inviável falar-se no surgimento de persecução penal, é fundamental ressaltar que, em nenhum momento, ao longo das investigações, surgiram indícios – mínimos que fossem -, de que os sócios da **Corretora Bônus Banval** tiveram ciência da suposta origem ilícita dos valores que eram depositados na conta-corrente da empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**

De fato, **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado** somente obtiveram informações precisas sobre a ilicitude dos recursos quando, por sua iniciativa individual, já após a divulgação do caso pela mídia, enviaram carta ao Banco do Brasil S.A., que atestou a aparência irregular das operações. Assim, deve ser refutada a ilação do D. *Parquet*, que, imaginariamente, supôs que os **Peticionários** tinham ciência “*de que os valores procediam de organização criminosa (...)”*.

4600  
4690  
M

MORAES PITOMBO  
a d v o g a d o s

Nesse sentido, foram as declarações prestadas **Enivaldo Quadrado**, aos 26 de agosto de 2005, perante a D. Autoridade Policial:

*“QUE em março de 2004, a Sra. SIMONE VASCONCELOS, funcionária de MARCOS VALÉRIO, ligou para o reinquirido solicitando um favor no sentido de efetuar uma retirada em espécie (...).*

*QUE não estranhou o pedido por se tratar de uma retirada efetuada no interior de uma tesouraria de agência bancária (...) QUE o reinquirido não estranhava a forma atípica com que MARCOS VALÉRIO procedia os saques, mas acreditava que o mesmo estava querendo impressionar o DECLARANTE demonstrando toda sua capacidade financeira (...).*

(Oitiva Policial: Enivaldo Quadrado – fls. 1426/1431)

Assim, comprovado que os **Acusados** não sabiam que era ilícita a origem dos recursos que circulavam pela conta-corrente da empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, bem como dos valores que foram sacados, deve-se concluir que não dispunha o D. Ministério Público Federal de elementos que o autorizasse a oferecer denúncia em face de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, eis que manifestamente atípicas as condutas que lhes eram atribuídas.

Ainda, o D. Ministério Público Federal, ao ajuizar a denúncia criminal, esqueceu-se do fato de que toda a movimentação da conta-corrente da empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.** era feita, tão somente, a partir de ordens de seu representante legal, **Carlos Alberto Quaglia**. Por isso, a movimentação dos recursos financeiros, em aludida conta, jamais foi controlada pelos **Acusados**, que se limitavam a concretizar as transferências de recursos que lhes eram determinadas.

Portanto, **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado** não tinham qualquer ingerência sobre os recursos que transitavam na conta-corrente da empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, gerida, exclusivamente, pelo seu representante legal. Tanto é assim que, para cada movimentação financeira, existe a respectiva autorização, assinada por **Carlos Alberto Quaglia**, todas elas acostadas aos autos do inquérito policial, porém,

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

desprezadas pelo D. Parque, que ofereceu denúncia por fatos atípicos.

Tal fato, inclusive, foi amplamente abordado nos depoimentos prestados em sede policial, consoante abaixo se depreende:

“QUE a NATIMAR decidia para qual o tipo de investimento encaminharia o capital que a mesma administrava; (...) QUE tais empresas efetuavam depósitos na conta corrente que a NATIMAR mantinha na BÔNUS BANVAL, cujos extratos acompanham a petição apresentada neste momento; QUE os resgates dos investimentos de MARCOS VALÉRIO eram comunicados pela NATIMAR via contatos telefônicos; QUE os valores obtidos pelo resgate, após serem depositados na conta corrente mantida pelo cliente na BÔNUS BANVAL, eram transferidos para o destinatário solicitado pela NATIMAR, em movimentações bancárias realizadas por meio de TED – Transferência Eletrônica Disponível e DOC’s; QUE esses resgates poderiam ser feitos em nome de terceiros (...); QUE o investidor direciona os recursos (...); QUE **era a NATIMAR, que determinada, por meio de ordem escrita, para quem os recursos seriam direcionados (...)**”

(Oitiva Policial: Enivaldo Quadrado – fls. 1426/1431)

“QUE a NATIMAR movimentou aproximadamente 14 milhões de reais no ano de 2004 junto à BÔNUS BANVAL; QUE **CARLOS ALBERTO QUAGLIA periodicamente telefonava para ENIVALDO QUADRADO, ou mesmo para algum funcionário da área administrativa da BÔNUS BANVAL e solicitava que fossem feitas transferências de recursos da NATIMAR para terceiros por ele indicados; QUE (...) as solicitações mencionadas eram redigidas em formato de carta e nas oportunidades em que o mesmo se dirigia à capital paulista eram todas assinadas de uma vez só (...); QUE **as operações da NATIMAR sempre foram comandadas por CARLOS ALBERTO QUAGLIA (...)**”**

(Oitiva Policial: Breno Fischberg – fls. 4215/4217)

46783  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Desse modo, percebe-se que o D. Ministério Público Federal, caso houvesse analisado com cautela os elementos carreados aos autos do inquérito policial, teria noticiado que os **Acusados** não eram responsáveis pelas movimentações bancárias da conta-corrente da **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, somente seguiam determinações do seu cliente, e, por conseguinte, jamais praticaram as condutas descritas no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei Federal nº 9.613/98.

Com relação ao acusado **Breno Fischberg**, a dissonância entre os fatos apurados pela D. Autoridade Policial e a narrativa elaborada pelo I. Procurador da República é ainda mais evidente.

Isso porque, dentre os personagens centrais apontados pelo D. *Parquet* como co-responsáveis pelas operações supostamente ilícitas realizadas no âmbito da **Bônus Banval**, nenhum afirmou ter tido contato com ele. A bem da verdade, em todos os depoimentos, tem-se relatos que fazem menção, exclusivamente, a **Enivaldo Quadrado**, também sócio da Corretora.

Assim, afirmou Marcos Valério Fernandes de Souza em suas declarações policiais:

*“Que foi apresentado ao Sr. ENIVALDO QUADRADO pelo Deputado Federal José Janene; (...) Que participou de três reuniões, salvo engano, com Delúbio Soares ENIVALDO QUADRADO, realizadas na sede nacional do Partido dos Trabalhadores em São Paulo/SP e em uma lanchonete no piso superior do Aeroporto de Congonhas/SP; (...) Que também já participou de reuniões na Bônus Banval em que estava presente o Deputado Federal José Janene, juntamente com seu assessor, João Cláudio Genú; Que discutiu com ENIVALDO QUADRADO e o Deputado Federal José Janene sobre os pagamentos a serem encaminhados ao Partido Progressista; Que repassou recursos à Bônus Banval através de cheques sacados por empregados da Corretora; Que os nomes foram repassados por ENIVALDO QUADRADO, sendo que os mesmos foram autorizados a receber cheques emitidos em nome da SMP&B no (...) Banco Rural.” (fls. 1.460/1.461)*

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

No mesmo sentido, afirmou José Janene:

*“Que fazia visitas eventuais ao local de trabalho de Michelle Janene, quando então foi apresentado ao proprietário da empresa, ENIVALDO QUADRADO; (...) Que comentou com ENIVALDO QUADRADO que Marcos Valério seria um bom cliente em potencial para a Corretora Bônus Banval, tendo em vista sua capacidade financeira; (...) Que não chegou a participar de nenhum encontro entre Marcos Valério e ENIVALDO QUADRADO; Que não sabe dizer como se deu o contato entre ENIVALDO QUADRADO e Marcos Valério; Que também desconhece quais as tratativas que ambos mantiveram.” (fls. 1.706/1.707)*

Da mesma forma, tem-se os esclarecimentos prestados por Carlos Roberto Quaglia:

*“Que, no final de 2003 ou início de 2004 foi apresentado ao senhor ENIVALDO QUADRADO, sócio da Bônus Banval, por um corretor; (...) Que encontrou com o Dr. QUADRADO em seu escritório na cidade de São Paulo, oportunidade em que o dono da Bônus Banval ofereceu diversos atrativos para que o declarante aplicasse seus recursos em sua empresa; (...) Que no mês de junho de 2004, o declarante percebeu um depósito desconhecido na conta da Natimar, não sabendo precisar quanto havia sido depositado equivocadamente; Que recebia pelos correios semanalmente o extrato da conta da Natimar junto à Bônus Banval; Que diante disso entrou em contato com ENIVALDO QUADRADO informando a situação, oportunidade em que este teria dito que tais recursos haviam sido depositados por engano em virtude de erro de logística de caixa; Que o declarante pediu para ENIVALDO estornar tal valor da sua conta, o que foi negado pelo dono da Bônus Banval, alegando impossibilidade de fazê-lo ante a existência de uma auditoria externa em sua Corretora; (...) Que ENIVALDO QUADRADO solicitou ao declarante assinasse algumas transferências de recursos para contas de terceiros;*

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

(...) *Que em virtude de ENIVALDO QUADRADO não ter regularizado a conta do declarante junto à Bônus Banval, decidiu encerrar as operações junto a essa Corretora; (...) Que não se recorda de ter conhecido BRENO FISCHBERG.*

(fls. 2.097/2.099)

Verifique-se, ainda, o depoimento dos próprios funcionários da Corretora quanto aos fatos em apuração:

*“Que certo dia o proprietário da empresa ENIVALDO QUADRADO pediu ao declarante que fosse à agência do Banco Rural localizada na Av. Paulista, para retirar importância de cinquenta mil reais; Que o Sr. ENIVALDO QUADRADO não comentou qual a origem do recurso ou tampouco a natureza do recebimento; (...) Que procurou o funcionário banco indicado por ENIVALDO QUADRADO; Que o empregado do Banco Rural/SP já sabia que o declarante iria buscar cinquenta mil reais a pedido de ENIVALDO QUADRADO; (...) Que de posse do dinheiro retornou à sede da empresa Bônus Banval e entregou a quantia para ENIVALDO QUADRADO; (...) Que recebeu valores somente a pedido de ENIVALDO QUADRADO.”*

(Oitiva Policial: Luiz Carlos Masano, Diretor Financeiro da Bônus Banval, fls. 645/647)

*“Que determinado o Sr. ENIVALDO QUADRADO solicitou ao declarante que fosse efetuar uma retirada na agência do Banco Rural localizada na Av. Paulista/SP; Que não foi informado pelo Sr. ENIVALDO QUADRADO qual o valor a ser retirado na agência do Banco Rural/SP; Que o Sr. ENIVALDO apenas pediu que o declarante se dirigisse à referida agência bancária e fosse conversar com o empregado cujo nome não se recorda; (...) Que ao se apresentar ao empregado da agência do Banco Rural/SP falou para o mesmo que estava ali para retirar o dinheiro do Sr. ENIVALDO; (...) Que esta foi a única vez que recebeu valores a pedido do Sr. .*

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*ENIVALDO QUADRADO (...) Que todas as vezes em que levou João Cláudio Genú e José Janene para o Aeroporto de Congonhas/SP os mesmos haviam acabado de ter uma reunião com o Sr. ENIVALDO QUADRADO; Que, da mesma forma, quando levou Marcos Valério ao Aeroporto de Congonhas/SP o mesmo tinha se encontrado com o S. ENIVALDO QUADRADO."*

(Oitiva Policial: Benoni Nascimento de Moura, motorista da Corretora, fls.655/657)

Com base no teor da prova testemunhal transcrita, indaga-se: se não é o acusado mencionado por nenhum dos envolvidos, e tampouco pelos documentos carreados aos autos da investigação policial, qual o alicerce fático das imputações que lhe são feitas na denúncia? Como taxar o denunciado de membro de quadrilha e profissional dos serviços de lavagem de dinheiro, pelo simples fato de ser sócio da **Corretora Bônus Banval**?

Assim, inexistentes quaisquer indícios de que os **Acusados** praticaram condutas típicas – porque jamais o fizeram –, descabido se mostrou o oferecimento da denúncia criminal, da qual se originou o presente processo-crime, que, desprovido de justa causa, deveria, desde o seu nascedouro, ter sido refutado, por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, em observância aos direitos fundamentais, previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV, a Constituição Federal; e no artigo 41, do Código de Processo Penal:

*"Se a denúncia for oferecida em desacordo com o art. 41 do CPP, o juiz não poderá recebê-la. Essa decisão terminativa, que deve ser naturalmente fundamentada, por não examinar o mérito fará apenas coisa julgada formal, não impedindo, por isso, que o Promotor a rerepresente, desde que satisfaça a exigência legal descumprida. **Inexistindo lastro probatório mínimo e idôneo a denotar a existência do fumus boni jûris ou não concorrendo as condições da ação (...) outrossim, a denúncia deverá ser rejeitada**".<sup>20</sup>*

<sup>20</sup> José Antonio Paganella Boschi, *Ação Penal- denúncia, queixa e aditamento*, Rio de Janeiro, Aide Editora, 1993, p. 161/162. 44

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Nesse mesmo sentido, é perfeito o entendimento do Exmo. Min. Celso de Mello, em voto proferido no inquérito policial nº 2.033-8, apreciado pelo Plenário desse Egrégio Supremo Tribunal Federal:

*“Dentro desse contexto, assume relevo indiscutível o encargo processual que, ao incidir sobre o órgão de acusação penal – seja ele o Ministério Público Federal, seja ele o particular –, impõe-lhe o ônus de demonstrar, ainda que superficialmente, porém com fundamento de relativa consistência, os fatos constitutivos sobre os quais assenta-se a pretensão punitiva do Estado. O fato indiscutivelmente relevante, Senhor Presidente, é que, no âmbito de uma formação social organizada sob a égide do regime democrático, a instauração de qualquer processo penal condenatório, que deve sempre assentar-se – para que qualifique como ato revestido de justa causa – em elementos que se revelem capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas sobre a ocorrência, ou não, dos fatos descritos em peça acusatória.*

**Meras conjecturas (que sequer podem conferir suporte material a qualquer imputação), simples declarações pessoais, desacompanhadas de quaisquer outros elementos indiciários que as possam corroborar, não se revestem, em sede judicial, de idoneidade jurídica, nem legítima, em consequência, a instauração da ação penal”.**<sup>21</sup>

Diante do exposto, tem-se que a denúncia criminal oferecida pelo I. Procurador-Geral da República esteve alicerçada em elementos de convicção outros, diferentes daqueles que foram obtidos, por intermédio do inquérito policial nº 2245, que, formalmente, serviu de substrato à presente ação penal. Afinal, nenhuma das ilações e suposições feitas na exordial acusatória encontra respaldo nas diligências investigatórias realizadas, que, do contrário, refuta as ineptas acusações, desprovidas de qualquer senso de realidade.

<sup>21</sup> Supremo Tribunal Federal, Inq. 2.033-8/DF, Tribunal Pleno, j. 16.06.2004.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Sem a atuação dos **Acusados**, na busca de provar a verdade e a sua inocência, o I. Procurador-Geral da República não teria um dado sequer sobre a origem a o destino dos valores, é bom observar.

## V.3 - Da Violação à Ampla Defesa, em Virtude da Inexistência de Individualização das Condutas

Ainda com relação à impossibilidade de subsistência jurídica da denúncia criminal, que serviu de alicerce à presente ação penal, é mister consignar que, contemplando a inadmissível responsabilização objetiva, o I. Procurador-Geral da República, sem descrever de que forma cada um dos **Acusados** contribuiu para o suposto intento delitivo, acusou-os da prática dos crimes de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro, tão somente, porque figuravam como sócios da **Bônus Banval**.

Levando-se em consideração os argumentos expendidos no capítulo anterior, é possível concluir que a inexistência da descrição individualizada da conduta típica, em tese, perpetrada por cada um dos **Acusados** decorre dos próprios elementos de convicção obtidos ao longo do inquérito policial, que nada mais fazem do que demonstrar serem lícitos todos os procedimentos adotados no âmbito da **Corretora Bônus Banval**.

Nesse contexto, sem possibilidade de formular uma denúncia que preenchesse os mínimos requisitos exigidos pela legislação pátria e que descrevesse fato típico, o I. Procurador da República, alijado de elementos fáticos, optou por, indiscriminadamente, denunciar os **Acusados**, não fazendo qualquer vinculação de atos, efetivamente, por eles praticados.

A bem da verdade, embora conclua - com base em elementos outros, que não aqueles que integravam o inquérito policial - que **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado** tenham contribuído para a suposta ocorrência dos crimes previstos no artigo 288, do Código Penal, e no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei Federal nº 9.613/98, todas as imputações feitas pelo D. Ministério Público Federal são direcionadas ao ente jurídico, no bojo do qual eles figuravam como sócios, a **Corretora Bônus Banval**. Assim, cumpre sejam destacados os seguintes excertos, contidos na exordial acusatória:

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

“Os denunciados José Janene, Pedro Corrêa, Pedro Henry, João Cláudio Genú, Enivaldo Quadrado, Breno Fischberg e Carlos Alberto Quaglia montaram uma estrutura criminosa voltada para a prática dos crimes de corrupção passiva e branqueamento de capitais (...).

O segundo mecanismo para a obtenção dos recursos criminosos era por meio das empresas Bônus Banval (...) passaram a se utilizar de forma reiterada e profissional dos serviços criminosos de lavagem de capitais oferecidos no mercado pelas empresas Bônus Banval e Natimar (...) valendo-se de modo profissional dos serviços da Bônus Banval, cujos proprietários são Enivaldo Quadrado e Breno Fischberg. Nessa empreitada de repasse de vantagem indevida, a Bônus Banval, em uma primeira fase, realizou altos saques em espécie, repassando posteriormente os montantes aos destinatário indicados pelo núcleo do PT (...).

Assim, como profissionais do ramo de branqueamento de capitais, Enivaldo Quadrado, Breno Fischberg e Carlos Alberto Quaglia associaram-se de modo permanente, habitual e organizado à quadrilha originariamente integrada por José Jene, Pedro Corrêa Pedro Henry e João Cláudio Genú”.

Verifica-se nas referências existentes na denúncia criminal que o I. Procurador da República não foi capaz de apontar, uma sequer, conduta realizada pelos **Acusados**, para a prática dos crimes que lhes são atribuídos. Fez, é verdade, ilações genéricas a respeito da atuação da pessoa jurídica de direito privado, **Corretora Bônus Banval**.

Desse modo, adotando a responsabilidade penal objetiva, o D. *Parquet* ofereceu denúncia em face de **Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado**, de forma indireta, porquanto não se lhes atribuiu qualquer condutas. Apresentou, tão somente, referências a comportamentos hipoteticamente criminosos, praticados no âmbito da **Corretora Bônus Banval**, da qual eles eram sócios, olvidando da premissa inafastável de que o Direito Penal pátrio encontra bases no princípio da responsabilidade subjetiva, segundo o qual a conduta

46790  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

delitiva somente é atribuível aos indivíduos que lhe tenham dado causa (artigo 13, do Código Penal<sup>22</sup>).

Consoante aduz Manoel P. Pimentel *“se a responsabilidade penal é subjetiva, não pode recair indistintamente sobre todos os diretores, mas apenas sobre os que tiveram participação efetiva no fato delituoso”*.<sup>23</sup>

Desta forma, é imprescindível que na imputação da denúncia *“se fixe, com exatidão, a conduta do acusado, descrevendo-a o acusador, de maneira precisa, certa e individualizada.”*<sup>24</sup>

A exigência da descrição circunstanciada torna-se ainda mais relevante nos casos em que a acusação é dirigida a diversas pessoas, principalmente, se elas são reunidas pela circunstância de exercerem cargos de direção ou por serem sócias de uma empresa, sob pena de se estar diante de *denúncia vazia e inepta*.

Com relação à necessidade da descrição da atuação de cada um dos acusados nos chamados crimes societários, merecem destaque os ensinamentos do Ministro Assis Toledo que assevera:

*“(...) sem a descrição de condutas específicas que vinculem cada diretor ao evento criminoso, não é possível viabilizar a denúncia. Esta, pelas conseqüências graves que acarreta, não pode ser produto de ficção literária. Não pode deixar de descrever o porquê da inclusão de cada acusado como autor, co-autor ou participe do crime.”*<sup>25</sup>

No caso concreto, está-se diante de denúncia que deixa de narrar o comportamento supostamente praticado na esfera penal; as pretensas circunstâncias de sua prática; os elementos essenciais referentes à afirmada figura típica; e, ainda, qual a participação individual nos

<sup>22</sup> “Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

<sup>23</sup> Manoel Pedro Pimentel, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, Revista dos Tribunais, 1987, p. 173.

<sup>24</sup> José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1961, v. 02, p. 153.

<sup>25</sup> STJ, RHC 4.214-1. Rel. Min. Assis Toledo, DJU, 24/03.1995, EJSTJ, 12/281.

# MORAES PITOMBO

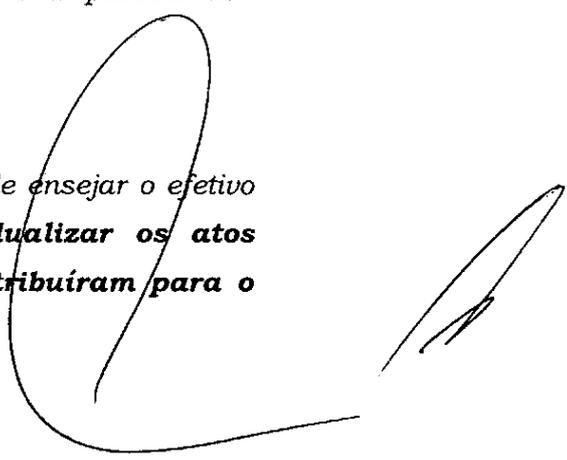
a d v o g a d o s

acontecimentos de cada um dos autores. Isso porque, todo o comportamento pretensamente criminoso foi atribuído ao ente jurídico **Bônus Banval**.

Na verdade, não há qualquer passagem da r. denúncia que descreva, de modo fiel, qual seria a atuação ou eventual participação de cada um dos acusados, no quadro fático. Limitou-se o I. Procurador-Geral da República a presumir que, por integrarem o quadro societário da **Corretora Bônus Banval**, estariam **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, necessariamente, vinculados aos supostos fatos de que trata o presente processo-crime, circunstância inadmissível, consoante firme entendimento esposado em nossa jurisprudência:

*“Quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica. **Ela deve estabelecer o vínculo do administrador ao ato ilícito que lhe está sendo imputado.** É necessário que descreva, de forma direta e objetiva, a ação ou omissão do Paciente. Do contrário ofende os requisitos do art. 41 do CPP e os Tratados Internacionais sobre o tema. Igualmente, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. **Denúncia que não descreve a responsabilidade de cada agente é inepta. O princípio da responsabilidade penal adotado pelo sistema jurídico brasileiro é o pessoal (subjeto). A autorização pretoriana de denúncia genérica para os crimes de autoria coletiva não pode servir de escudo retórico para a não-descrição mínima da participação de cada agente na conduta delitiva.** (...) Outra a ausência absoluta de vínculo do fato descrito com a pessoa do denunciado. Habeas Corpus deferido.”<sup>26</sup>*

*“A denúncia formalmente correta e capaz de ensejar o efetivo exercício da ampla defesa **deve individualizar os atos praticados pelo denunciado e que contribuíram para o resultado criminoso.** (...)”*



<sup>26</sup> STF, HC nº 80.549-3/SP, DJU, 24-8-2001, p. 44. 49

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

***É inadmissível a imputação de um fato delitivo a um acusado sem demonstrar, nem sequer em tese, sua contribuição (ação ou omissão) para seu resultado***<sup>27</sup>.

Ora, a mera suposição – diga-se, infundada, eis que não foi extraída dos elementos de convicção que compunham os autos do inquérito policial, que nos levava a conclusão oposta -, de que fora praticado o delito de lavagem de dinheiro, no bojo das atividades empreendidas pela **Bônus Banval**, não dispensa o D. Órgão Acusador de, na narração contida em sua peça inicial, fazer alusão a cada um dos elementos típicos do crime, atribuindo-os, de forma individualizada, aos **Acusados**, sócios da corretora.

Nesse contexto, para que fosse minimamente aceitável a acusação formulada em face de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, imperioso seria que o D. Ministério Público Federal apontasse o fato típico e, de forma individualizada, de que forma cada um dos agentes teria atuado para a consecução das condutas vedadas pelo artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei Federal nº 9.613/98. Assim, cumpria ao I. Procurador da República, obrigatoriamente:

(i) demonstrar, de forma individualizada, que os **Acusados** tinham conhecimento de que os recursos movimentados teriam a pretensa origem, “*direta ou indiretamente, de crime*”;

(ii) explicitar, de forma inequívoca e individualizada, quais circunstâncias, extraídas das investigações, fariam supor que os **Acusados** sabiam que os recursos movimentados teriam origem, “*direta ou indiretamente, de crime*”;

(iii) descrever em que medida e por intermédio de quais condutas específicas (assinatura, determinação, realização de transferência etc.), **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado** teriam ocultado ou dissimulado a “*origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime*”;

(iv) apontar, de forma precisa, por quais razões seriam ilícitos os recursos movimentados, e de quais crimes contra a Administração Pública, contra o

<sup>27</sup> RHC 24.390/MS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 19/02/2009, DJe 16/03/2009.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Sistema Financeiro Nacional, praticados por organização criminosa, eles seriam provenientes;

(v) comprovar, de maneira individualizada, que cada um dos **Acusados, Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado** tinha conhecimento dessa situação e atuaram para conferir aspecto de legalidade aos recursos ilícitos.

Entretanto, consoante acima de verificou, o I. Procurador-Geral da República, arbitrariamente, deixa de cumprir o seu dever legal, e não descreve qualquer conduta típica dos **Acusados**, que, efetivamente, encontre subsunção no preceito incriminador insculpido no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/98, em razão do que deveria ter sido reputada inepta a denúncia. Há, tão somente, alusões genéricas a supostas condutas, empreendidas no âmbito **Corretora Bônus Banval**.

Não é outra a conclusão a que se chega, quando analisada a narrativa do suposto crime de formação de quadrilha. Isso porque, o D. Ministério Público Federal, narrando práticas que teriam sido perpetradas no âmbito da **Corretora Bônus Banval**, e sem fazer menções diretas aos **Acusados**, incluiu no rol de denunciado **Breno Fischberg**, que consoante será adiante abordado, não era conhecido por nenhum de seus demais "comparsas", inexistindo, portanto, o liame subjetivo entre os agentes:

*"(...) No que concerne ao crime de quadrilha, portanto, como se viu, a denúncia padece de duplo vício fatal, de não descrever o fato criminoso e de descrever as suas circunstâncias.*

*De efeito, limita-se ela, ao longo de seu texto, a fazer referência a concerto de vontades, para efeito da prática de crimes, como se já houvesse libelado a respeito, deixando de descrever, como as fazia mister, entre outras circunstâncias, o vínculo associativo, o modo, o momento e o lugar em que se teria estabelecido, e bem assim, quais as pessoas nele envolvidas.*

*Desapercebida desse dever indeclinável, limita-se a inicial a presumir a existência da societatis por meio de ilação tirada da existência de amizade entre o ex-Presidente e Raulo César*

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*Farias; de ajuda eleitoral prometida a terceiro; da troca da agência bancária, para a movimentação de conta corrente; e, ainda, da circunstância de um dos acusados ser empregado de outro.*

*É certo que, na prática, como adverte Nelson Hungria, não é fácil demonstrar a existência de quadrilha, de modo que a certeza só é possível, as mais das vezes, quando se consegue rastrear a associação pelos crimes já praticados (Comentários, vol. IX, Forense, 1958, p. 181).*

*Não está o Mestre, nesse trecho, todavia, falando em descrição do crime, mas na prova de sua ocorrência. Uma coisa, na verdade, é provas que a suposta quadrilha se formou, tarefa própria da fase instrutória.*

*Coisa diversa, porém, é descrever a sua formação, encargo que, embora de fácil execução, não pode ser dispensado, porquanto essencial para a validade da denúncia".<sup>28</sup>*

Também nesse sentido são os ensinamentos de Vicente Greco Filho, ora trazidos à baila:

*"É essencial, portanto, a descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias.*

*Uma descrição incompleta, dúbia ou que não seja de um fato típico penal gera a inépcia da denúncia e nulidade do processo (...).*

*Para que alguém possa preparar e realizar sua defesa é preciso que esteja claramente descrito o fato de que deve defender-se".<sup>29</sup>*

Olvidou o I. Procurador da República de especificar quais os comportamentos dos **Acusados** levaram-no a acreditar que eles, intencionalmente, teriam se associado, para o fim de cometer crimes. A explicação de tal fato decorre da circunstância de que, nos autos da investigação policial, todos os elementos de convicção apontaram a inexistência de quaisquer práticas delitivas.

<sup>28</sup> Supremo Tribunal Federal, Inq. 705, Min. Rel. Ilmar Galvão.

<sup>29</sup> Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, 752<sup>a</sup> ed. atual, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 57.

46795  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Diante do exposto, por não ter trazido a descrição individualizada das condutas típicas, supostamente perpetradas pelos **Acusados**, a denúncia oferecida pelo D. Ministério Público Federal deixou de atender ao mandamento do artigo 41, do Código de Processo Penal, que determina seja a exposição do fato criminoso contemplativa de todas as suas circunstâncias. Por conseguinte, foram violados os postulados fundamentais elencados no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, em razão do que deve ser considerado nulo o presente processo-crime.

## **VI – Da Afronta ao Princípio da Indivisibilidade da Ação Penal Pública**

### **VI.1 – Breves Considerações Sobre o Princípio da Indivisibilidade da Ação Penal**

Além dos graves vícios contidos na denúncia criminal oferecida, que maculam de forma insanável a presente ação penal, faz-se mister salientar que o I. Procurador-Geral da República violou o princípio regente das ações penais de iniciativa pública, qual seja, o de sua obrigatoriedade, elemento primordial para que seja eficiente a atuação do Órgão incumbido de deduzir em juízo a acusação criminal.

Ora, conforme os ensinamentos do Professor Rogério Lauria Tucci, *“tem-se como obrigatória a atuação judicial do Ministério Público Federal, a cujo membro é vedada qualquer manifestação oriunda de poder dispositivo (indisponibilidade), inclusive, obviamente, a concernente à retratação dos atos regularmente praticados (irretratabilidade): **a infração à lei penal impõe ao Ministério Público Federal o dever de agir em face do respectivo agente; dever esse, certamente, inarredável.**”<sup>30</sup>*

Destarte, tem-se que o D. Ministério Público Federal, caso verifique existirem elementos de convicção que apontem para a prática delitiva, deve, obrigatoriamente, atuar, com a finalidade de que seja exercido o poder punitivo estatal, que, mais do que faculdade, consiste em verdadeiro dever jurídico, consoante leciona Miguel Reale Júnior:

<sup>30</sup> Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal. Jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 116.

46796  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

**"(...) o Estado não tem a liberdade de exercer ou não a aplicação e execução da lei penal. Tem o Estado, por meio de seus órgãos dotados de autoridade, Ministério Público Federal e Judiciário, o poder e um dever público de agir contra aquele que deixou de se motivar pela ameaça contida na lei penal. Não há um direito de executar o Direito frente ao infrator, mas um dever de exercitar o poder de punir".**<sup>31</sup>

Como reflexo desse princípio, chega-se à evidente conclusão de que os titulares da ação penal - sejam os particulares, no caso da ação penal de iniciativa privada, seja o Ministério Público Federal, órgão estatal incumbido da formulação das denúncias criminais -, devem, sempre, imputar, a todos os envolvidos conhecidos, a suposta prática das condutas delitivas. Assim, ressalta, com acerto, Vicente Greco Filho, que **"a ação penal contra um dos autores impõe a ação penal contra todos"**<sup>32</sup>.

Não obstante o princípio da indivisibilidade, reflexo da obrigatoriedade, estar expresso no diploma processual apenas em relação à ação penal de iniciativa privada, conforme estatui o artigo 48<sup>33</sup>, do Código de Processo Penal, não há dúvida quanto à sua necessária aplicação, também, nas ações penais de iniciativa pública incondicionada.

Nesse contexto, essenciais são os ensinamentos de Tourinho Filho, segundo o qual, por ser indivisível, a ação penal deve contemplar todos os indivíduos que contribuíram para a prática delitiva, consoante abaixo se verifica:

**"(...) a ação penal, seja pública ou privada, é indivisível, no sentido de que abrange todos aqueles que cometeram a infração."**<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Miguel Reale Júnior, *Instituições de Direito Penal - Parte Geral*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 15.

<sup>32</sup> Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, 1ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, p. 107.

<sup>33</sup> "Art. 48. A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público Federal velará pela sua indivisibilidade".

<sup>34</sup> Tourinho Filho, *Processo Penal*, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 320

46797  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

No mesmo sentido, conclui Afrânio Silva Jardim ser obrigatório o oferecimento de denúncia criminal em face de todos os agentes da suposta conduta criminosa:

**“Não é verdade que o princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal pública incondicionada. Não fosse assim, seria ela divisível, o que entraria em choque com o seu princípio maior, o da obrigatoriedade.**

**(...) o princípio da indivisibilidade está abrangido pelo princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública, devendo a denúncia imputar todas as infrações apuradas contra todos os seus autores, partícipes, desde que se tenha, é lógico, prova mínima para dar justa causa à demanda. (...)**

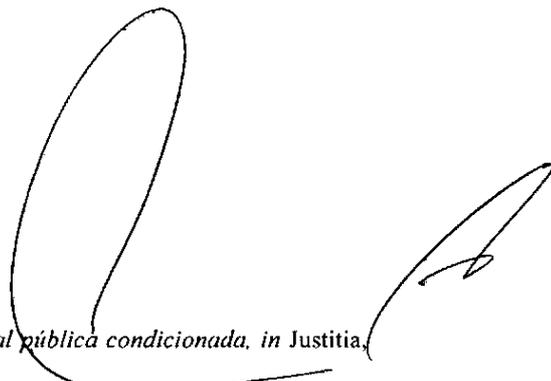
**Na verdade, somos que a ação pública é tão indivisível quanto a ação privada (...) deve ser proposta em face e todos os autores e partícipes da infração penal (...).”**<sup>35</sup>

Tratando dessa temática, os Tribunais pátrios, a partir da indisponibilidade do exercício do *jus puniendi* estatal, têm proferido decisões, por intermédio das quais é possível inferir que, uma vez conhecidos os agentes da suposta conduta delitiva, não é possível oferecer denúncia em face de alguns deles, beneficiando-se outros:

*“Fere o princípio da indivisibilidade da ação penal a denúncia que, não obstante a narração com minúcias da participação de diversas pessoas para a prática do crime plurissubjetivo, imputa-o a apenas uma delas”.*<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Afrânio da Silva Jardim, *O Princípio da indivisibilidade da ação penal pública condicionada*, in *Justitia*, São Paulo, 51 (146), abril/junho, 1989, p. 96/99.

<sup>36</sup> Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* nº 6.429, 5ª Turma, Min. Rel. Edson Vidigal, j. 24.11.1998, DJU 15.03.1999.



# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*"O princípio da indivisibilidade da ação penal exige que sejam denunciados todos os que, de qualquer forma, concorreram para a prática da conduta delitiva".<sup>37</sup>*

É óbvio que o princípio da indivisibilidade da ação penal pública somente será violado nos casos em que o D. Ministério Público Federal, arbitrariamente, deixar de denunciar indivíduos, que, comprovadamente, contribuíram para suposta prática delitiva.

Assim, caso ao longo da instrução processual emergissem informações sobre a atuação ilegal de indivíduos, até então desconhecidos, e, por isso, não contemplados na denúncia criminal, força é convir ser inaplicável o princípio da indivisibilidade, tal como já decidiu esse Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Nesses casos, é evidente a impossibilidade de que os indivíduos desconhecidos figurassem, desde o início do processo, no rol dos denunciados. Destarte, não se pode falar em inaplicabilidade do princípio da indivisibilidade, mas na impossibilidade material de oferecimento de denúncia em face de todos os agentes, por serem alguns deles desconhecidos.

Diante dessas considerações, é possível concluir que incumbe ao D. Ministério Público Federal oferecer denúncia criminal em face de todos os indivíduos que contribuíram para a prática delitiva. Por ser o ente público que deduz as ações penais em ajuízo e, portanto, que viabiliza o exercício do poder-dever punitivo, não pode o I. *Parquet* atuar arbitrariamente, denunciando alguns indivíduos, e excluindo, do pólo passivo de ações penais, sem motivo aparente, pessoas que contribuíram para suposta prática delitiva.

No presente processo-crime, deixou-se de acusar, e.g., **Lúcio Bolonha Funaro**, cujo nome foi mencionado no inquérito policial, como se verá adiante.

Aqui, deve-se observar que o número de imputados foi reduzido, de forma proposital, porque o acusador público previu o

<sup>37</sup> Tribunal Regional Federal da 2ª Região, *Habeas Corpus*, 3ª Turma, Des. Rel. Maria Helena, j. 02-12-1997, JSTJ 126/437, in *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco, 2ª ed., atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 329.

46799  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

apelo midiático de perseguir quarenta pessoas. Havia clara intenção de imitar o conto popular do Ali-Babá e os quarenta ladrões. Isso não obstante o líder possível jamais ter sido identificado como o personagem popularesco.

## VI.2 – Da Violação ao Princípio da Indivisibilidade da Ação Penal Pública, no Caso Concreto

No caso concreto, após fazer descrição de supostos delitos de lavagem de dinheiro, em tese, perpetrados por intermédio da Garanhuns Empreendimentos, o D. Ministério Público Federal deixou de oferecer denúncia em face de **Lúcio Bolonha Funaro e José Carlos Batista**, responsáveis pela administração da “*empresa de fachada*”, circunstância que viola os mais importantes princípios norteadores do poder-dever punitivo do Estado.

Consoante se verifica no capítulo da exordial acusatória que trata das atividades supostamente ilícitas do “*Partido Liberal*”, teria sido arquitetado um esquema criminoso de lavagem de dinheiro, com participação da **Lúcio Bolonha Funaro e José Carlos Batista**, por meio do qual teria sido possibilitada a lavagem do dinheiro que os membros do PL teriam recebido, em contraprestação à adesão ao posicionamento político do governo.

Analisando-se a narrativa trazida a esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, pelo D. *Parquet*, é possível concluir que a empresa Garanhuns Empreendimentos, administrada pelos indivíduos acima mencionados, teria sido utilizada para viabilizar os repasses indevidos de recursos, de origem supostamente criminosa, ao Partido Liberal, consoante aduz, de forma clara, o I. Procurador-Geral da República (Denúncia - fls. 104/114):

*“Também atuou pessoalmente na montagem do esquema com a empresa de fachada Garanhuns Empreendimentos, especializada em lavagem de dinheiro (...).*

*O relacionamento de Lúcio Funaro e Valdemar Costa Neto data do mês de setembro de 2002, quando Lúcio Funaro e seus associados repassaram ao denunciado Valdemar Costa Neto a importância de R\$ 3.000.000,00, em três parcelas de R\$ 1.000.000,00, em espécie, empacotadas e entregues na sede do PL em São Paulo (...).*

## MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*Além dessa transferência relacionada ao empréstimo, a empresa Garanhuns foi utilizada como forma de dissimulação da origem e destino de um montante adicional de aproximadamente R\$ 3.100.000,00. Essa forma fraudulenta de repasse, com emprego da empresa Garanhuns Empreendimentos, resultou em transferências no valor total de aproximadamente seis milhões e quinhentos mil reais ao PL”.*

Desse modo, após a narrativa dos crimes de lavagem de dinheiro e formação de quadrilha, fácil seria supor que **Lúcio Bolonha Funaro** e **José Carlos Batista** seriam incluídos no rol de denunciados do Ministério Público Federal Federal – assim como foram **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**. Tanto é assim que os considerando “*profissionais do ramo de branqueamento de capitais*”, o I. Procurador da República do seguinte modo sintetiza a conduta dos administradores da “*empresa de fachada*” Garanhuns Empreendimentos (Denúncia - fls. 104/114):

*“Os denunciados Valdemar Costa Neto, Jacinto Lamas e Antônio Lamas, juntamente com Lúcio Funaro e José Carlos Batista, montaram uma estrutura criminosa voltada para a prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro (...).*

*Assim como profissionais do ramo de branqueamento de capitais, Lúcio Funaro e José Carlos Batista associaram-se de modo permanente, habitual e organizado a Valdemar Costa Neto, Jacinto Lamas e Antônio Lamas na empreitada criminosa (...) estrutura delituosa arquitetada e implementada por Valdemar Costa Neto, Jacinto Lamas, Antônio Lamas, Lúcio Funaro e José Carlos Batista (...).”*

Entretanto, sem quaisquer razões, em que pese tenha sido narrada a conduta supostamente criminosa por eles perpetrada, **Lúcio Bolonha Funaro** e **José Carlos Batista** não foram denunciados pelo I. Procurador-Geral da República. Assim, há de se reputar teratológica a denúncia criminal oferecida, que aventou a prática de fatos delitivos, porém, não lhes imputou aos seus responsáveis, em evidente violação ao princípio da

46808  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

indivisibilidade da ação penal, corolário do devido processo legal.

A bem da verdade, ao não contemplar indivíduos que, segundo aduziu o próprio D. Ministério Público Federal Federal, teriam praticado os crimes de lavagem de dinheiro e formação de quadrilha, a denúncia criminal se mostra ilegal, e não condiz com a narrativa que se lhe contém.

Ainda, tendo em vista que **Lúcio Bolonha Funaro** atuou como delator, no âmbito das investigações preliminares atinentes aos fatos de que trata a presente ação penal, é importante ressaltar que previsões especiais da Lei Federal nº 9.613/98 não conferem qualquer discricionariedade ao D. Órgão Acusador, quando da dedução da acusação.

Pelo contrário, o §5º, do artigo 1º, de referido diploma legal, é claro ao estatuir que a análise da colaboração espontânea dos coautores e os eventuais benefícios oriundos dessa situação ficam a cargo, exclusivamente, do juiz. Por conseguinte, deve o D. Ministério Público Federal oferecer denúncia em face de todos os indivíduos, ainda que tenham prestado auxílio, à época da realização das investigações, eis que cabe ao juiz apreciar essa questão, atinente à concessão de benesses, conforme abaixo se infere:

*“§5º. A pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria (...)”.*

Destarte, é mister concluir que o D. Ministério Público Federal, sem motivo aparente e em desrespeito aos ditames legais, deixou de oferecer denúncia criminal em face de indivíduos, cuja conduta supostamente delitativa foi narrada no corpo da própria exordial acusatória, circunstância absurda e inadmissível.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Isso porque, olvidando de seu dever de fazer valer o poder punitivo estatal, o I. Procurador-Geral da República, para mais do que deixar de desempenhar suas obrigações, acabou por conferir aos indivíduos, supostamente envolvidos com as práticas delitivas de que trata o presente processo-crime, tratamento dispar, em evidente afronta ao princípio constitucional da igualdade, que exige tratamento equivalente a todos aqueles que se encontrem em mesma situação jurídica.

Diante do exposto, uma vez que o D. Ministério Público Federal deixou de oferecer denúncia em face de indivíduos que, segundo a própria denúncia oferecida, seriam "*profissionais do ramo de branqueamento de capitais*", força é concluir que foram violados os princípios da igualdade e do devido processo penal, de índole constitucional, bem como o fundamental princípio da indivisibilidade da ação penal pública, deles decorrente, donde há de se concluir ser nula, *ab initio*, a ação penal.

Por fim, cabe questionar qual critério usou o acusador público para escolher processar **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, ao mesmo tempo em que excluiu **Lúcio Bolonha Funaro**. Não há resposta que satisfaça o interesse público, em jogo.

## **VII - Da Violação ao Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa, em Razão de Inversão Processual**

### VII.1 - Breves Considerações Sobre a Necessidade de Que a Defesa Fale Por Último

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, assegura a todos os indivíduos, em processo judicial ou administrativo, o "*contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".

Consoante os ensinamentos de Tourinho Filho, "*em todo processo de tipo acusatório, como o nosso, vigora esse princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação a quem se propõe a ação penal, goza*

46803  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

do direito primário e absoluto da defesa” e, para exercê-lo de forma eficiente, “o réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la (...)”<sup>38</sup>.

Ainda, para Joaquim Canuto Mendes de Almeida, “praticamente o princípio do contraditório se manifesta na ação penal pela ciência tempestiva dada ao imputado de todas as cargas judicialmente contra ele acumuláveis”.<sup>39</sup>

Assim, é possível concluir que as garantias do contraditório e da ampla defesa estão intrinsecamente relacionadas, porquanto somente com a estrita observância da primeira, tornar-se-á viável o exercício efetivo da segunda, no âmbito de procedimentos de índole criminal. Por tal circunstância, a doutrina pátria considera referidos postulados constitucionais os mais importantes princípios que regem a dinâmica processual penal.

Nesse sentido, impende sejam transcritas as lições de Vicente Greco Filho:

*“Para o desenvolvimento e estrutura do processo penal, a garantia mais importante e ao redor da qual todo o processo gravita é a da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, sobre a qual convém insistir e ampliar.*

*Consiste a ampla defesa na oportunidade de o réu contraditar a acusação, mediante a previsão legal de termos processuais, que possibilitem a eficiência da defesa (...)”*<sup>40</sup>

Destarte, partindo-se da premissa de que a garantia do contraditório tem como escopo a proteção dos indivíduos, mediante a imposição de restrições ao exercício do *jus puniendi* estatal, força é convir que, consubstanciado na possibilidade de que as alegações do D. Órgão Acusador sejam refutadas, é curial para sua observância que as manifestações da defesa, sempre, sobrevenham às exaradas em seu detrimento.

<sup>38</sup> Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal. Vol. 1*, 32ª ed. atual, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 72.

<sup>39</sup> Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios Fundamentais do Processo Penal*, São Paulo, 1973, p. 83.

<sup>40</sup> Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, 76ª ed. atual, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 55.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Sendo assim, é imprescindível que, para cada manifestação do D. Ministério Público Federal, seja ofertada aos acusados a possibilidade de contrariar as alegações apostas pelo I. *Parquet*. Isso porque, a efetivação do contraditório somente será verificada nas situações em que, deveras, houver possibilidade de questionamento e refutação das alegações produzidas pela parte oponente. Eis, nessa direção, os ensinamentos de Alberto Silva Franco:

*"(...) há contraditório quando se nega; quando não se aceita como válido; se questiona; se opõe ou se contraria; em resumo, se reage a algo de que se tem conhecimento e que lhe é atribuído".* <sup>41</sup>

Portanto, há de se conferir aos acusados a última possibilidade de manifestação, antes que qualquer questão seja posta à apreciação judicial, porquanto, seguindo-se outra diretriz, é inquestionável que não haverá a possibilidade de que sejam observados os dogmas inscritos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Carta da República, tal como nos advertem os Ada Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho:

*"Também é da essência do contraditório penal o direito que tem a defesa a manifestar-se por último. Isso não representa qualquer privilégio, mas tão-somente consequência lógica do ônus da acusação em demonstrar a procedência da imputação, através de provas e alegações. Assim, para que todos os argumentos acusatórios possam ser refutados, é indispensável que se conceda à defesa a última palavra, antes do pronunciamento judicial. Neste sentido, prevê-se nas audiências do procedimento ordinário (art. 403) ou da primeira fase do júri (art. 411, §4º) alegações orais pela acusação e depois pela defesa. Em caso de alegações escritas os prazos para a acusação e para a defesa são sucessivos (...)"* <sup>42</sup>

<sup>41</sup> Alberto Silva Franco e Rui Stoco, *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, Volume I, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 337.

<sup>42</sup> Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, *As Nulidades no Processo Penal*, 11ª ed., atual, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 193.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

À evidência de tais considerações, os nossos tribunais pátrios, em diversas ocasiões, foram enfáticos ao aduzir que o respeito ao contraditório e à ampla defesa fica condicionado a que as alegações dos acusados sejam apresentadas por último. Afinal, inviabiliza-se a possibilidade de que sejam questionadas as manifestações do D. Órgão Acusador, se, depois delas – e antes de prolação de decisão judicial - não advier ato defensivo:

*“Abertura de novã vista ao Ministério Público Federal, que ofereceu novas alegações, sem dar oportunidade à defesa para rebatê-las. Inversão do contraditório. Recurso provido (...)”.*<sup>43</sup>

*“Inadmissível, sob pena de lesão ao cânon constitucional do contraditório, determinar o magistrado apresentação pessoal de memoriais com declarado escopo de impedir conhecimento prévio das alegações finais pela parte adversa. Tal sigilo configura subversão do princípio de ampla defesa, pois fica inauditus aquele que não conhece os exatos termos do que se lhe imputa”.*<sup>44</sup>

Diante do exposto, resta evidente que o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, inseridos dentre os direitos e garantias constitucionais fundamentais, somente poderá ocorrer se aos acusados for conferida a faculdade de refutar todas as manifestações exaradas pela acusação, antes que sobre elas seja produzido ato decisório jurisdicional.

Por outro lado, havendo inversão processual, com última manifestação do D. Órgão Acusado, padecerá o processo de nulidade insanável, eis que, *“como já se disse, a infringência à norma constitucional com conteúdo de garantia acarreta, como sanção, a nulidade absoluta”.*<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Criminal, Des. Rel. Andrade Cavalcanti, JTJ-LEX 124/448.

<sup>44</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Criminal, Des. Rel. Prestes Barra, JUTACRIM-SP 21/387.

<sup>45</sup> Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, *As Nulidades no Processo Penal*, 11ª ed., atual, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

## VII.2 – Da Ocorrência de Indevida Inversão Processual, no Caso Concreto

No caso concreto, a violação aos preceitos contidos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal é flagrante, porquanto realizada inversão processual, em momento crucial do deslinde da ação penal, que, por isso, deve ser reputada nula, desde o seu nascedouro.

Isso porque, logo após a apresentação das defesas preliminares, pelos acusados (artigo 4º, da Lei Federal nº 8.038/90), o MM. Relator, aos 07 de dezembro de 2006, proferiu decisão monocrática, por intermédio da qual determinou fosse intimado o I. Procurador-Geral da República a, com supedâneo no questionável artigo 5º, da Lei Federal nº 8.038/90, apresentar manifestação sobre os novos documentos acostados aos autos (fls. 10130):

*“Intime-se o Procurador-Geral da República para que se manifeste, no prazo de cinco dias, sobre os novos documentos juntados com as respostas oferecidas (Lei 8.038/90, art. 5º)”.*

Nesse mister, se é fundamental deixar assentado que o comando do artigo 5º, da Lei Federal nº 8.038/90, invocada pelo MM. Ministro Relator, é estreme de dúvidas ao estabelecer que o D. Órgão Acusador, em sua manifestação, está adstrito a fazer referência a documentos novos que, porventura, tiverem sido apresentados nas defesas preliminares:

*“Art. 5º. Se, com a resposta, forem apresentados novos documentos, será intimada a parte contrária para sobre eles se manifestar, no prazo de 5 (cinco) dias.*

*Parágrafo único. Na ação penal de iniciativa privada, será ouvido, em igual prazo, o Ministério Público Federal”.*

Assim, tem-se que referido dispositivo legal, embora seja fonte de incontestável violação ao contraditório e à ampla defesa, impôs ao D. Ministério Público Federal a limitação de que, uma vez oferecida a denúncia, ser-lhe conferida a possibilidade de manifestação, tão somente, com relação aos documentos novos acostados aos autos pelas defesas.

46807  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Desse modo, veda-se que a nova possibilidade de falar nos autos seja utilizada como um mecanismo de preencher lacunas existentes na peça inicial apresentada, suprindo-lhe as deficiências, e refutar o teor das manifestações defensivas, tal como ocorreu no caso concreto.

Consoante pode se verificar nos autos da ação penal, atendendo à decisão proferida pelo MM. Ministro Relator, o I. Procurador-Geral da República fez juntar aos autos uma nova peça, por intermédio da qual, para muito além de manifestar-se sobre os novos documentos juntados aos autos, refutou cada uma das defesas preliminares apresentadas, em texto que, por pouco, não supera, em extensão, a exordial acusatória, eis que conta com 87 (oitenta e sete) páginas (fls.10167/10252).

Importante frisar que o próprio D. Ministério Público Federal não ignora a previsão contida no artigo 5º, da Lei Federal nº 8.038/90, e as limitações por ela impostas, tendo em vista que, no intróito de sua inominada petição, menciona-o expressamente.

Entretanto, apesar de ser-lhe vedado apresentar qualquer alegação que não estivesse relacionada à documentação nova trazida aos autos, o D. Órgão Acusador dedicou dois capítulos de sua manifestação para contrariar as alegações abordadas nas respostas à acusação de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, consoante abaixo de percebe (fls. 10245/10246):

"7.26. Denunciado Enivaldo Quadrado (Apenso 103).

*As alegações do denunciado de que não há provas que confirmem os fatos narrados na denúncia são improcedentes. Como bem destacado na própria denúncia, há documentos e depoimentos que dão suporte à acusação, havendo, assim, justa causa para o seu oferecimento (...).*

*Portanto, não resta dúvida de que existem fartas provas que demonstram os fatos imputados ao denunciado Enivaldo Quadrado na denúncia, ou seja, há provas da montagem de uma estrutura criminosa voltada para a prática do crime de branqueamento de capitais, bem como da prática deste crime pela organização criminosa, ou seja, há justa causa para o oferecimento e recebimento da denúncia".*

46808  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

"7.27. Denunciado Breno Fischberg (Apenso 104).

*São inconsistentes as alegações do denunciado de que não há provas que confirmem os fatos narrados na denúncia.*

*Como bem destacado na própria denúncia, há documentos e depoimentos que dão suporte à acusação, havendo, assim, justa causa para o seu oferecimento*

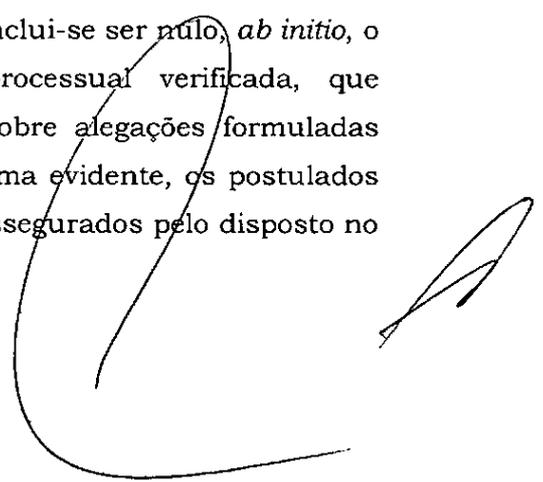
*(...).*

*Portanto, não resta dúvida de que existem fartas provas que demonstram os fatos imputados ao denunciado Enivaldo Quadrado na denúncia, ou seja, há provas da montagem de uma estrutura criminosa voltada para a prática do crime de branqueamento de capitais, bem como da prática deste crime pela organização criminosa, ou seja, há justa causa para o oferecimento e recebimento da denúncia".*

Assim, é evidente que houve inversão processual, que inviabilizou a efetivação dos direitos fundamentais elencados no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, porquanto os **Acusados** não puderam apresentar resposta à manifestação acusatória apresentada pelo D. Ministério Público Federal Federal, após a apresentação das defesas preliminares.

Houve, a bem da verdade, a aplicação do contraditório às avessas, na medida em que uma garantia destinada a limitar a atuação estatal, em benefício dos indivíduos, foi-lhes tolhida, gerando prejuízos à ampla defesa, justamente, para que fizesse prevalecer o abuso e o arbítrio do D. Órgão Acusador.

Diante do exposto, conclui-se ser nulo, *ab initio*, o presente processo-crime, eis que, a inversão processual verificada, que impossibilitou aos **Acusados** oferecerem resposta sobre alegações formuladas pelo I. Procurador-Geral da República, violou, de forma evidente, os postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, assegurados pelo disposto no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Carta da República.



46809  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

## VIII – Da Violação ao Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa, em Razão da Não Realização do Interrogatório dos Acusados Como Último Ato da Instrução Processual

### VIII.1 – Breves Considerações Sobre o Interrogatório Judicial

O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, garante “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusado em geral (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No âmbito do Direito Processual Penal, cujas regras têm como finalidade limitar o poder punitivo estatal, em salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, um dos mais importantes “meios” de exercício da ampla defesa consiste na realização do interrogatório dos acusados.

Destarte, o interrogatório judicial configura-se, conforme bem assentado pela doutrina nacional e internacional, como “o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação”<sup>46</sup>.

Analisando esse importante ato processual, são também nesse sentido os ensinamentos de Vicente Greco Filho, para o qual “o entendimento mais aceito sobre a natureza do interrogatório é o de que é ele ato de defesa, porque pode nele esboçar-se a tese de defesa e é a oportunidade para o acusado apresentar sua versão dos fatos, mas é, também, ato de instrução, porque pode servir como prova”<sup>47</sup>.

A idéia de que é no interrogatório que o direito à defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é exercido em sua plenitude, encontra amplo respaldo na jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, bem como em julgados do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

<sup>46</sup> Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, 2.ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 215.

<sup>47</sup> Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, 867.ª, atual., São Paulo, Saraiva, 2010, p.215.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

“*EMENTA: Habeas Corpus (...)*”

*Necessidade de respeito, pelo poder público, às prerrogativas jurídicas que compõem o próprio estatuto constitucional do direito de defesa – A garantia constitucional do ‘due process of law’ como expressiva limitação à atividade persecutória do Estado (investigação de garantia e processo penal) – o conteúdo material da cláusula de garantia do ‘due process’ – **interrogatório judicial** – natureza jurídica – **meio de defesa do acusado** (...). Em sede de persecução penal, **o interrogatório judicial** – notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 – **qualifica-se como ato de defesa do réu**, que, além de não ser obrigado a responder qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica, em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa”.*

*(...) **O interrogatório não é ato meramente ordinatório, na medida em que, além de ser meio de defesa, é possível fonte de prova** a contribuir com a formação do convencimento do julgador, sendo necessário assegurar que seja realizado **de forma segura, justa e equidistante das partes** (...).<sup>48</sup>*

Partindo-se da premissa de que o interrogatório, para além de mero ato formal de obtenção probatória, consiste em verdadeiro instrumento de defesa dos acusados, é curial, em virtude das reformas legislativas verificadas no ano de 2008, que o transpuseram para o término da instrução processual, fosse ele renovado, porquanto, somente agora, os **Acusados** têm pleno conhecimento das informações a ele relacionadas, colacionadas nos autos da ação penal e poderia, de fato, exercer, de forma ampla, o direito de defesa que lhes é constitucionalmente assegurado.

<sup>48</sup> Supremo Tribunal Federal, HC nº. 94.016, Min. Relator Celso de Mello, j. 16.09.2008; Supremo Tribunal Federal HC nº 88.548, Min. Relator Gilmar Mendes, j. 18.03.2008; Superior Tribunal de Justiça, HC nº 96.849, Min. Relatora Laurita Vaz, j. 02.03.2010; Superior Tribunal de Justiça, HC nº 101.628, Min. Rel. Jane Silva, j. 10.11.2008.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

46811  
L

## VIII.2 - Do Advento da Lei Federal nº 11.719/2008 e Da Alteração do Momento Processual de Realização do Interrogatório Judicial nas Ações Penais de Competência Originária do Egrégio Supremo Tribunal Federal

A entrada em vigor da Lei Federal nº 11.719/08 acarretou diversas modificações nos procedimentos previstos pelo Código de Processo Penal, e, por conseguinte, na legislação especial. Com efeito, a nova redação dada ao artigo 400, do Código de Processo Penal, dispõe:

*"Art. 400 - Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, **interrogando-se, em seguida, o acusado.** (grifamos)".*

Como se percebe, a alteração mais relevante trazida por aludida lei diz respeito à ordem de oitivas durante o procedimento processual penal: agora, **o interrogatório do réu deve ser o último ato da instrução probatória.**

Isso significa, principalmente, que o legislador quis garantir a efetividade da amplitude da defesa dos acusados, que somente falarão depois de toda a prova oral ter sido produzida no processo.

Tal previsão é essencial, porquanto, em virtude da própria natureza do interrogatório (meio de prova e instrumento de defesa), **para que este ato processual consiga cumprir com as suas finalidades precípua, é indispensável que ele ocorra ao final da instrução.** Caso contrário, não terão sido concedidos aos acusados "os meios adequados para a preparação da sua defesa" (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, artigo 8º, 1º<sup>49</sup>), uma vez que não terão tido a oportunidade de contraditar, pessoalmente, todas as provas contra si produzidas em Juízo.

<sup>49</sup> "Art. 8º. Garantias Judiciais.

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável (...)"

46812  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Assim, a realização do interrogatório após a conclusão das oitivas das testemunhas de defesa e de acusação é elemento primordial para a própria efetividade desse ato processual, tendo em conta ser preciso que se possibilite ao acusado *“conhecer primeiramente a prova contra si produzida, para, depois, se quiser, apresentar sua versão a respeito dos fatos a ele imputados”*<sup>50</sup>.

Ao se transferir o ato de interrogatório para o fim da instrução, este *“deixa de ser simples meio de prova e transforma-se em inegável meio de defesa, já que o acusado poderá, após a construção da prova acusatória, defender-se com amplitude, consagrando-se e materializando-se o princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF)”*.<sup>51</sup>

Dessa forma, pela novel redação dada ao Código de Processo Penal em vigor atualmente, mais garantista, sendo o interrogatório o último ato da instrução processual, ainda que os acusados já tenham sido interrogados, imperioso se faria que lhes fosse conferida oportunidade de manifestar-se em novo interrogatório, ampliando-se o espectro de abrangência do direito à ampla defesa e ao devido processo legal.

Ora, se a inovação legislativa aprimora o exercício ao direito à ampla defesa, não há se questionar a sua imediata aplicabilidade, em todos os procedimentos em curso, até mesmo naquele previsto na Lei Federal nº 8.038/90, que *“institui normas procedimentais para os processos (...) perante o Supremo Tribunal Federal”*, tal como sugere Gustavo Henrique R. I. Badaró:

*“Num ponto, porém, há possibilidade de aplicação, ainda que parcial, da nova regra aos processos com instrução já iniciada, sem que haja prejuízo ao desenvolvimento da seqüência procedimental.*

**O interrogatório, manifestação típica e direta da garantia constitucional da ampla defesa, na modalidade de autodefesa, passou a ser fortalecido ao ser deslocado para o final da fase instrutória. Nesse**

<sup>50</sup> Antonio Scarance Fernandes, *Processo Penal Constitucional*, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 264.

<sup>51</sup> Arthur Gomes da Motta Trigueiro Neto e Marcelo Valdir Monteiro, *Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante* 70relata, São Paulo, Método, 2008, p. 194.

46813  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

ponto, a nova regra que modifica o momento procedimental do interrogatório deve ser considerada uma norma mista ou processual material, posto que tem por objeto garantia constitucional do acusado, qual seja a ampla defesa. Sendo regra mista, mais benéfica, sua aplicação 'retroativa' se impõe.

**Assim, mesmo que se adote, em relação aos processos com instrução já iniciada, a regra intertemporal do isolamento das fases procedimentais, devendo a instrução e o julgamento continuar a seguir as regras antigas, que serão ultra-ativas, o art. 400, caput, com redação da Lei n.º 11.719/2008, deverá ser aplicado, mesmo em relação a tais feitos, no que toca à realização do interrogatório ao final da instrução**<sup>52</sup>.

E continua o ilustre professor:

**"Não será óbice o fato de o acusado já ter sido interrogado anteriormente. Em termo de garantia processual, a lei nova não poderá suprimi-la, mas poderá fortalecê-la. Assim, mesmo que interrogado anteriormente, e ainda que a instrução continue a seguir as regras antigas, ao final da audiência para a oitiva de testemunhas de defesa o juiz deverá novamente interrogar o acusado. Nem se diga que isso acarretaria tumulto processual. Ora, o art. 502, parágrafo único, do CPP já previa a possibilidade de novo interrogatório e nunca se alegou qualquer incompatibilidade de tal medida com o procedimento comum ordinário."**<sup>53</sup>

Desse modo, é evidente que a alteração legislativa empreendida foi recepcionada como um grande avanço no que concerne à efetiva proteção aos postulados da ampla defesa e do contraditório e, por isso, deveria ter sido aplicada ao presente caso, conferindo-se aos **Acusados** o direito de apresentar manifestação pessoal sobre tudo quando foi carreado aos autos da ação penal, conforme assevera nossa mais autorizada doutrina:

<sup>52</sup> *As reformas...* p. 28.

<sup>53</sup> *Idem. Ibidem.*

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

46814  
L

*“Interrogatório do acusado: como regra, tem-se adotado o procedimento de ouvir o réu ao final da instrução, possibilitando-se, pois, a melhor defesa, já que o quadro probatório já está praticamente concluído. **É a consagração da autodefesa, como corolário da ampla defesa**”<sup>54</sup>.*

No mesmo sentido, advertem Reinaldo Daniel Moreira e o I. Procurador da República Eugênio Pacelli de Oliveira, para quem a adoção do interrogatório judicial, ao término da instrução processual, é providencial para a efetividade dos preceitos constitucionais insculpidos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Carta da República:

*“Em franco avanço político-criminal, a recente reforma do Código de Processo Penal **estatuíu**, como padrão procedimental, **a alocação do interrogatório no final da audiência de instrução e julgamento**. Tanto a Lei 11.689/2008, reformadora do procedimento especial do Tribunal do Júri, quanto a Lei 11.719/2008, que, dentre outros assuntos, trata da reforma dos procedimentos, densificaram no CPP a marca defensiva do interrogatório, como verdadeiro instrumento de autodefesa do acusado. (...) Espera-se que, em homenagem à ampla defesa e seu significado político-criminal em um Estado Democrático de Direito, no futuro **torne-se imperativa, para todos os procedimentos, a instalação do interrogatório no encerramento da instrução**(...). **Afinal, assim estará homenageando o ditame constitucional da ampla defesa**, além de estar afinado à nova percepção do legislador acerca do locus adequado do interrogatório em uma estrutura procedimental comprometida com a **reafirmação dos valores constitucionais**. Contudo, não faltariam aqueles que, em nome da observância do procedimento firmado em lei, questionariam a medida”.*<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Guilherme de Souza Nucci, *Código de Processo Penal Comentado*, 9ª ed., atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 733.

<sup>55</sup> Reinaldo Daniel Moreira, *A reforma do código de processo penal e a dimensão político-criminal do interrogatório no processo penal*, in Boletim do IBCRIM, São Paulo, ano 16, nº 194, p. 15, jan. 2009.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*“Como ele, agora, será o último a ser ouvido, poderá, livremente, escolher a estratégia de autodefesa que melhor consulte aos seus interesses”.* <sup>56</sup>

*“A mens legis, portanto, indica a razão de ser da substancial alteração na ordem dos atos processuais introduzida pela Lei nº 11.719/2008. **O objetivo da previsão do interrogatório como último ato processual instrutório decorre da importância que se lhe atribui, dentro do modelo acusatório, como meio de defesa**”.* <sup>57</sup>

Manifestando-se sobre o assunto, esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, embora não tenha acolhido a tese de que, sempre, o interrogatório deve ser feito ao término da instrução probatória, em decisão unânime, proferida em agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal Federal, nos autos da ação penal nº 528, deixou assente ser *“relevante constatar que (...) a nova redação do artigo 400, do CPP, possibilita ao réu exercer de modo mais eficaz a sua defesa (...)”* <sup>58</sup>:

*“Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90 nesse aspecto (...)”* <sup>59</sup>

Verifica-se, pois, que os direitos à ampla defesa, trazidos pela previsão de realização de interrogatório judicial, ao término da instrução processual, são tão relevantes, que esse Egrégio Supremo Tribunal Federal entendeu revogados os preceitos trazidos na Lei Federal nº 8.038/90, que, em seu artigo 7º, dispõe ser referido ato processual empreendido logo após a citação dos acusados.

<sup>56</sup> Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de Processo Penal*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 326.

<sup>57</sup> Daniel Romcero, Marcelo Gaspar Gomes Raffaini, *O momento do interrogatório e as novas reformas da lei processual penal: a expedição de carta precatória para oitiva de testemunha suspende a realização do ato de interrogatório?*, In Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 17, n. 205, p. 09-10, dez., 2009.

<sup>58</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=175275>

<sup>59</sup> Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Ação Penal nº 528, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, j. 24.03.2011.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Ora, se as novas previsões processuais são – reconhecesse esse Egrégio Supremo Tribunal Federal – mais benéficas ao exercício do direito à ampla defesa, é preciso que elas sejam aplicadas, sem exceções, a todos os processos em curso, sob pena de que, mediante tratamento desigual a indivíduos, confirmem-se a alguns melhores instrumentos para a proteção de sua liberdade.

Destarte, tendo em vista que a nova sistemática legal introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio da Lei Federal nº 11.719/2008, aprimorou a salvaguarda das garantias da ampla defesa e do devido processo legal, de índole constitucional, e, por conseguinte, revogou as disposições da Lei Federal nº 8.038/90, não há de se questionar que seria necessária a sua plena aplicação, para que houvesse renovação do interrogatório dos acusados, agora que eles têm verdadeiro conhecimento dos fatos de que trata a ação penal e do material probatório a ela coligido.

Afinal, tal como leciona o Professor Fernando da Costa Tourinho Filho, em que pese prevalecer, no âmbito do Direito Processual Penal, o princípio do “*tempus regit actum*”, nos casos concretos, ele **há de ser aplicado em consonância com as disposições constitucionais, de modo a que o advento de lei processual mais benéfica deve trazer a possibilidade de sua imediata aplicação:**

*“Logo, em princípio, não há falar em retroatividade (...) Assim, se o Juiz arbitrou a fiança em X e logo a seguir é elaborada nova lei aumentando o valor da caução, por óbvio essa nova lei não terá aplicação (...). E se a nova lei estabelecer valor inferior? Nessa hipótese, a nosso ver, **o mesmo princípio ético que autoriza a aplicação da lei mais suave (La loi plus douce) deve ser observado, mesmo porque a lei penal e a lei processual penal devem atuar como garantia dos direitos individuais**”.*<sup>60</sup>

Diante disso, tendo em consideração que o interrogatório judicial somente cumpre o seu importante papel de meio de obtenção de prova e meio de defesa, quando realizado ao término da instrução

<sup>60</sup> Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal* [Vol. 1, 32ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010], p. 145.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

processual, seria curial fossem os **Acusados** novamente inquiridos, para que fossem plenamente observados os direitos assegurados pelas previsões contidas no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal; artigo 8º, 1, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos; e artigo 400, do Código de Processo Penal.

## VIII.3 – Da Necessidade de Renovação do Interrogatório, no Caso Concreto

No caso concreto, os **Acusados**, cientes de que somente interrogados ao término da instrução processual poderiam exercer, de forma efetiva, o direito à ampla defesa, insculpido no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, formularam pedido, aos 23 de setembro de 2010, por intermédio do qual pleitearam fosse-lhes possibilitada a *“realização de novo interrogatório judicial, como último ato da fase de instrução processual”* (fls. 40151/40161).

Entretanto, em que pese fosse primordial a realização de referido ato de instrução e de defesa, na 8ª Questão de Ordem na Ação Penal nº 470, o Plenário desse Egrégio Supremo Tribunal Federal, ainda que reconhecendo a evolução trazida ao ordenamento jurídico nacional, pela alteração no momento de realização do interrogatório judicial, indeferiu o pleito apresentado, sob os seguintes argumentos do Ministro Relator:

*“Por conseguinte, a modificação legislativa referida pelos acusados em nada altera o procedimento até então observado, uma vez que a fase processual em que deve ocorrer o interrogatório continua expressamente prescrita no art. 7º da Lei 8.038/1990, o qual prevê tal ato processual como a próxima etapa depois do recebimento da denúncia (ou queixa). Por essas razões, voto pelo indeferimento do pedido”.*

Importante consignar que o argumento por ele apresentado, foi, aos 24 de março do corrente ano, rechaçado por esse Egrégio Tribunal, no âmbito da ação penal nº 528, consoante acima se afirmou.

Ainda, vale destacar que, no presente caso concreto, em que há número excessivo de acusados, e a suposta prática de

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

diversos delitos, a instrução processual mostrou-se particularmente complexa, em razão do que o exercício do direito à ampla defesa dos **Acusados** foi, absolutamente, prejudicado, eis que não lhes foi possibilitado manifestar-se sobre a inteireza dos elementos de convicção produzidos ao longo da ação penal.

A comprovação da inépcia do interrogatório dos **Acusados**, no caso concreto, pode ser depreendida a partir da análise da quantidade de volumes que compunham a ação penal, quando da realização de referido ato de defesa.

Conforme se verifica nos autos, o interrogatório de **Breno Fischberg** foi realizado aos 23 de janeiro de 2008 (fls. 16573/16590), ao passo que o interrogatório judicial de **Enivaldo Quadrado** ocorreu em 24 de janeiro daquele ano (fls. 16672/16692), no âmbito da carta de ordem, distribuída perante a 2ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo - SP.

Àquele momento, a ação penal, no âmbito dos quais estavam todos os elementos de informação de que dispunham os acusados, e que serviram de alicerce às afirmações exaradas em seus interrogatórios, continha aproximadamente 80 (oitenta) volumes de autos principais e 171 (cento e setenta e um) apensos.

Atualmente, contudo, a ação penal contém 215 (duzentos e quinze) volumes de autos principais e aproximadamente 500 (quinhentos) apensos, do que é fácil concluir que os **Acusados**, efetivamente, não tiveram a oportunidade de apresentar manifestação de defesa pessoal sobre mais de 60% (sessenta por cento) das informações que, eventualmente, poderão servir de base à prolação de decreto condenatório em seu desfavor.

Desse modo, mais uma vez, ainda que deixando de lado questões ideológicas, força é convir que, no presente caso, a realização do interrogatório, ao início da ação penal, ceifou os **Acusados** da possibilidade de, de forma ampla, exercerem o direito à defesa, que a Constituição Federal lhes confere. Afinal, eles foram impossibilitados de apresentar manifestação pessoal, com relação à significativa quantidade de informações sobre os fatos delitivos que lhes são imputados.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Nesse contexto, buscando encontrar meio de afirmar a existência de violação aos seus direitos fundamentais, após esgotadas todas as possibilidades de discussão da matéria, no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro, os **Acusados** apresentaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ainda pendente de apreciação, na qual foram expostas todas as circunstâncias que circundam o presente feito.

Diante disso, restou evidenciada a necessidade de que fossem renovados os interrogatórios dos **Acusados**, para que, fazendo prevalecer os ideais garantistas contemplados na Constituição Federal, pudessem eles, de forma efetiva, em benefício de sua liberdade, exercer o direito à ampla defesa que há de se lhes assistir um Estado Democrático de Direitos. Assim, requer-se seja convertido o julgamento da ação penal em diligências, para que sejam renovados os interrogatórios judiciais de **Breno Fischber** e **Enivaldo Quadrado**, que, agora, dispões de informações bastantes para refutar todas as acusações que lhes são imputadas.

E vale observar o grau de injustiça: estes **Acusados** compareceram a todos os atos do processo, auxiliaram a persecução penal e requereram a pertinente cisão, com vistas ao julgamento em prazo razoável. Pois, estes mesmos réus são ceifados da **autodefesa**, em um processo que foi reconhecido como célere pela D. Ministra Ellen Gracie, em entrevista concedida à Revista Veja, publicada aos 28 de agosto de 2011:

*"(...) Mensalão (...)  
De modo geral, contudo, esse processo andou de maneira célere no Supremo. O Relator, ministro Joaquim Barbosa, já ouviu 600 testemunhas em dois anos. Nenhuma vara criminal neste país teria tido a capacidade para fazê-lo (...)"*

Por fim, caso não se confira o direito à ampla defesa, pugna-se seja sobrestado o andamento da presente ação penal, até que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos formule parecer sobre a questão, sob pena de nulidade da presente ação penal.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

## IX – Da Imputação do Delito de Lavagem de Dinheiro

### IX.1 – Breves Considerações sobre o Delito de Lavagem de Dinheiro

A Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, realizada em Viena, no ano de 1.988, é considerada a origem mais significativa da Lei de Lavagem de Dinheiro.

O referido Tratado Internacional definiu alguns aspectos relevantes da Lavagem de Dinheiro: *“a) La Convención establece la obligación, a cargo de cada país de incriminar y penalizar el lavado de dinero derivado del tráfico de drogas (a título intencional), para facilitar la cooperación internacional y la extradición; b) se regula la cooperación internacional; c) se establecen normas a ser adoptadas por los países em materia de confiscación de los bienes productos del narcotráfico; d) se establecen el principio de que el secreto bancario no debería interferir en investigaciones criminales en el contexto de la cooperación internacional.”*<sup>61</sup>

Naquela época, os Estados signatários da Convenção de Viena assumiram o compromisso de tipificar os comportamentos consistentes na substituição, conversão ou ocultação de bens provenientes do tráfico de estupefacientes (artigo 3º, § 1º, alínea b, da Convenção de Viena), motivo pelo qual o Brasil editou o Decreto nº 154/91, mediante o qual ratificou os termos da Convenção.

Alguns anos depois, foi sancionada a Lei Federal nº 9.613/1998, que atualmente está em vigor da seguinte forma:

*“Artigo 1º - Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:*

*I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;*

*II – de terrorismo e seu financiamento;*

<sup>61</sup> Raúl Cervini; William Terra Oliveira; Luiz Flávio Gomes, *Lei de lavagem de capitais*, São Paulo, RT, 1998.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa;

VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

*Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos e multa.*"

Com base em referida legislação, depreende-se que o delito de lavagem de dinheiro trata de operação financeira ou transação comercial que oculta ou dissimula a incorporação, transitória ou permanente, na economia ou no sistema financeiro do País, de bens, direitos ou valores que, direta ou indiretamente, são resultado ou produto do rol dos crimes antecedentes.

O conceito do delito de lavagem de dinheiro é pontualmente esclarecido pelos ensinamentos de Blanco Cordero:

*"El blanqueo de capitales es el processo en virtude del cual los bienes de origen delictivo se integran en sistema econômico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita".*<sup>62</sup>

Desta forma, a lavagem de dinheiro não deve ser analisada sob o prisma de uma única operação financeira. Na verdade, trata-se de um processo, uma atividade<sup>63</sup>, em que se exige a efetivação de atos concatenados no tempo e no espaço, com determinada finalidade específica.

<sup>62</sup> Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona, Arazandi, 1997, p. 101.

<sup>63</sup> A noção de "atividade", fundamental para o direito empresarial (artigo 966, do Código Civil), foi elaborado por Tullio Ascarelli (*Corso di Diritto Commerciale - Introduzione e Teoria dell'impresa*. 3. Ed. Milão: Giuffrè, 1962, p. 145-160).

46822  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Sendo que, por sua natureza de crime de ação múltipla, as condutas encadeadas são formadas por três etapas: ocultação, dissimulação e a integração:

*“A lavagem de dinheiro pode ser simplificada e compreendida, sob uma perspectiva teleológica e metajurídica, como o conjunto complexo de operações, integrado pelas etapas de conversão (placement), dissimulação (layering) e integração (integration) de bens, direitos e valores, que tem por finalidade tornar legítimos ativos oriundos da prática de atos ilícitos penais, mascarando esta origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da Justiça”.*<sup>64</sup>

Na fase da *ocultação*, busca-se tão somente esconder a origem ilícita, mediante a separação física entre o agente e o produto do crime anterior.

Logo após, na etapa da *dissimulação*, objetiva-se disfarçar a origem criminosa, por intermédio de série de negócios ou operações financeiras.

Por fim, passa-se a *integração*, última etapa do processo de lavagem de dinheiro, que é representada pelo emprego e inserção dos bens, valores ou direitos, com aparência de legitimidade, no sistema econômico.

Diante disso, Gómez Iniesta aperfeiçoa a caracterização da lavagem de dinheiro como sendo: *“operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito (procedente de delitos que revisten especial gravedad) es invertido, ocultado, substituído o transformado y restituido a los circuitos económicos-financieros legales, incorporando-se a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita”.*<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Placement, layering, integration. –Rodolfo Tigre Maia, *Lavagem de Dinheiro –anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98*, São Paulo.: Malheiros, 1999, p. 53.

<sup>65</sup> Diego J. Gomez Iniesta, *El delito blanqueo de capitales en derecho español*, Barcelona, Cedecs, 1996., p. 21.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Dentro desse contexto, restará comprovado que a conduta dos **Acusados** não caracteriza a prática do delito de lavagem de dinheiro, na medida em que: **(i)** todas as operações financeiras realizadas pela **Corretora Bônus Banval** são absolutamente transparentes; **(ii)** inexistente lesão ao bem jurídico tutelado; **(iii)** os **Acusados** jamais tiveram ciência da hipotética origem espúria dos valores; **(iv)** não restou configurada a prática de nenhum dos crimes antecedentes.

## IX.2 - Da Absoluta Transparência das Operações Financeiras Realizadas pela Corretora Bônus Banval e Consequente Inexistência de Condutas Relacionadas ao Núcleo do Tipo Penal

Em suas alegações finais, o Ministério Público Federal requer a condenação dos **Acusados** como incurso no artigo 1º, *caput*, incisos V, VI e VII, da Lei Federal nº 9.613/98.

O *caput* do artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/98 define como crime: "Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: (...)".

A reciclagem de capitais não se compõe apenas de um ato simples, mas sim de uma série conjugada de ações nitidamente distintas.

Portanto, a operação se desenvolve por meio de ações concatenadas, ou sobrepostas, e objetiva atingir determinada finalidade, mediante três diferentes fases: **(i)** ocultação; **(ii)** dissimulação; e **(iii)** integração:

**(i)** A primeira etapa do processo é a *ocultação (placement)*, na qual se busca escamotear a origem ilícita dos fundos obtidos com o crime primário, por intermédio de operações no sistema financeiro ou na economia formal - tais como a compra de imóveis, obras de arte e pedras preciosas - justamente para disfarçar a natureza, fonte, propriedade ou controle dos recursos.

**(ii)** A segunda fase é a *dissimulação (layering)*, caracterizada pela estratificação, difusão e camuflagem, em que é realizada teia de negócios e operações complexas

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

com o objetivo de disfarçar evidências sobre a origem, o beneficiário e a localização dos recursos, para dificultar ou impedir o rastreamento contábil dos bens. Nessa etapa, tem-se a finalidade de maquiagem, mascarar ou encobrir o caminho percorrido pelo capital, com o objetivo de lhe dar aparência de legalidade.

(iii) O final do processo de lavagem de dinheiro é configurado pela *integração* (*integration*), em que o agente aspira promover a disponibilização do dinheiro pela inserção do produto do crime antecedente na economia legal com aparência de licitude.

No caso concreto, os **Acusados** são denunciados de forma genérica, sem que houvesse qualquer descrição e individualização de suas condutas. Além disso, inexistente menção à contribuição dos sócios da **Corretora Bônus Banval** em qualquer das aludidas três etapas do delito.

Ao contrário, desde a exordial acusatória, os **Acusados** não têm sequer conhecimento de que forma teriam atuado na suposta prática de lavagem de dinheiro.

O sintético trecho da denúncia que narra suposto delito demonstra a ausência de elementos concretos de tipicidade e a enorme carga de presunção por parte do Ministério Público Federal:

*“Os denunciados José Janene, Pedro Côrrea, Pedro Henry, João Cláudio Genú, Enivaldo Quadrado, Breno Fischberg e Carlos Alberto Quaglia montaram uma estrutura criminosa voltada para a prática dos crimes de corrupção passiva e branqueamento de capitais. (...) Depois, buscando sofisticar as manobras de encobrimento da origem e natureza dos expressivos montantes auferidos pela quadrilha, José Janene, Pedro Corrêa, Pedro Henry e João Cláudio Genú passaram a se utilizar de forma reiterada e profissional dos serviços criminosos de lavagem de capitais oferecidos no mercado pelas empresas Bônus Banval e Natimar.”*

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Mesmo após a conclusão de toda instrução processual, o Ministério Público Federal permanece imputando o delito de lavagem de dinheiro aos **Acusados**, em suas alegações finais, por intermédio de ilações e criações fictícias desvinculadas daquilo que foi apurado na ação penal:

*“A profissionalização do ramo de lavagem de dinheiro trouxe como consequência a criação de empresas especializadas no oferecimento desse serviço delituoso, consistente na terceirização da atividade de lavagem para profissionais do mercado financeiro.”*

Ao contrário do absurdo argumento do Ministério Público Federal, a idoneidade e o histórico de regularidade das atividades empresariais da **Corretora Bônus Banval** restou cabalmente demonstrado (Item II – Alegações Finais).

A **Corretora Bônus Banval**, justamente em virtude dos cuidados que dispensava à normativa que regulamentava as suas atividades, jamais foi autuada. Além disso, nos incontáveis procedimentos de fiscalização, aos quais foi submetida, nunca teve qualquer condenação alusiva à lavagem de dinheiro, tampouco foi identificada, negativamente, pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Em virtude dessa escorreita postura de zelo à legalidade, a **Corretora Bônus Banval** ganhou posição de destaque no mercado financeiro, atuando de forma intensa e efetiva, junto à Bolsa de Mercadorias e Futuro (BM&F) e à Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), onde era responsável pela administração dos investimentos de aproximadamente 3.000 (três mil) clientes cadastrados, o que fez com que a empresa chegasse a contar com mais de 40 colaboradores.

Dentro desse panorama empresarial, resta evidenciado que a **Corretora Bônus Banval** sempre prezou pela transparência de todas suas operações financeiras, o que inviabiliza qualquer acusação pelo delito de lavagem de dinheiro.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Ora, os núcleos do tipo penal em questão são comissivos. Na verdade, pune-se a conduta de *ocultar* (esconder) ou *dissimular* (disfarçar, encobrir com astúcia) a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, dos crimes elencados nos incisos do artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/98, para, posteriormente, integrá-los à economia.

Nesse sentido, “*observa-se que não é suficiente ocultar os bens para perpetrar a conduta típica. Mostra-se necessário ocultar ou dissimular a origem espúria deles, fazendo com que venham a circular na economia. E, tal circulação de bens ilícitos deve atingir a confiança ou a credibilidade nos negócios jurídicos*”.<sup>66</sup>

No caso em questão, os **Acusados** são denunciados, tão somente, porque a **Corretora Bônus Banval** teria recebido transferências não identificadas na conta corrente de um de seus clientes – a **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.** – e, posteriormente, mediante solicitação expressa de aludido cliente, teria transferido os valores para contas de terceiros.

Na verdade, a conduta delitativa imputada aos **Acusados** é resumida nas alegações finais do Ministério Público Federal da seguinte forma:

“O recebimento dos valores por intermédio da empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.** observou o seguinte roteiro: a) empresas comandadas por Marcos Valério, Rogério Tolentino, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach depositavam valores na conta corrente da Bônus Banval; b) na sequência, Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado direcionavam os recursos, na Bônus Banval, para a conta interna da cliente Natimar; e c) após a assinatura de Carlos Alberto Quaglia, eram feitos depósitos nas contas correntes dos destinatários reais, vinculados ao Partido Progressista – PP.”

<sup>66</sup> Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, *Lavagem de Dinheiro – A tipicidade do crime antecedente*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 157.

46827  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Ora, não resta qualquer dúvida que a conduta descrita pelo Ministério Público Federal não caracteriza qualquer uma das etapas do delito de lavagem de dinheiro. Inexiste qualquer ato concatenado a *ocultar*, *dissimular* e *integrar* bens, valores e direitos provenientes de crime antecedente.

Ao contrário, a completa transparência das operações financeiras é demonstrada pelo fato dos valores terem sido depositados via transferência eletrônica *on-line*, com respectivo pagamento da antiga Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), bem como plena ciência da Comissão de Valores Mobiliários.

Sendo assim, a imaginada utilização da **Corretora Bônus Banval** como suposta intermediária de repasse de valores seria uma hipótese absurda de lavagem de dinheiro, na medida em que a forma das operações financeiras faz com que as duas partes da relação, tanto o depositante quanto o terceiro beneficiário sejam identificados. Ora, qual seria a *ocultação* ou *dissimulação* praticada na conduta em questão?

Tanto as operações são legítimas e transparentes, que os próprios **Acusados** apresentaram à Justiça e ao Departamento da Polícia Federal laudo pericial (Apenso 50) contábil elaborado por empresa de auditoria com a lista de todas as operações financeiras realizadas, respectivos depositantes, terceiros beneficiários e pedidos de transferências formulados pela empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, devidamente assinadas pelo representante legal da empresa.

Assim, para demonstrar tal situação, transcrevem-se as conclusões obtidas pela assessoria contábil responsável pela elaboração do laudo pericial, que demonstraram a legalidade de todas as operações realizadas pela **Corretora Bônus Banval**, que somente fez movimentações nas subcontas da empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, sob ordens expressas do cliente (Apenso 50):

## “CONCLUSÕES

*Diante de todo o expostos ao longo deste laudo pericial contábil e seus anexos, pode-se concluir:*

*a) Que o montante dos depósitos recebidos na conta corrente*

46828  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

da Natimar, inclusive de terceiros, foram creditados ou debitados na mesma conta corrente, inclusive mediante utilização do ganho líquido nas aplicações na BM&F e de parte do saldo inicial da conta corrente na Natimar.

b) Que a Bonus Banval CCM cobrou unicamente as taxas de corretagem e de custódia dentro dos limites do mercado, anexos 02, 03 e 04.

c) Que a Bonus-Banval não auferiu nenhuma vantagem econômica ou financeira decorrente dos recursos recebidos e das aplicações efetuadas (vide quadro anterior);

d) Que as movimentações realizadas obedeceram estritamente as ordens da Natimar, conforme anexos 02, 03, 04 e 05 e registros contábeis examinados no decorrer dos trabalhos”.

Doutos Julgadores, mais uma vez, não se há de esquecer que os núcleos do tipo penal em questão são *ocultar e dissimular*, caracterizados da seguinte forma: “A conduta ocultar nada mais é do que encobrir, furtar aos olhos, esconder alguma coisa de alguém; ao passo que dissimular é disfarçar, alguém, artificialmente, a vontade real. Procurar encobrir ou ocultar com astúcia a verdade do ato, ou fato, dando-lhe feição ou aparência diferente”.<sup>67</sup>

Entretanto, o D. Acusador Público, em nenhum momento, comprovou operação com essas características. Ao contrário, a minuciosa análise da extensa persecução penal demonstra que inexistente elemento apto a demonstrar que os sócios da **Corretora Bônus Banval** *ocultaram* ou *dissimularam* a origem de bens, valores ou direitos; nem mesmo de reintegrá-los ao mercado, com aparência de licitude.

Na verdade, conforme se depreende dos depoimentos prestados, todas as operações foram absolutamente legítimas, registradas, contabilizadas, transparentes e sempre estiveram à disposição dos órgãos públicos fiscalizadores, o que, por si só, inviabiliza a caracterização dos núcleos do tipo penal da lavagem de dinheiro:

<sup>67</sup> Cesar Antonio da Silva, *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 86.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

"(...) nós contratamos uma das maiores empresas de auditoria contábil do país que era a Bordin Associados e essa empresa fez quando começou a aparecer nosso nome uma auditoria que foi entregue ao Procurador-Geral da República, foi entregue a Comissão Parlamentar de Inquérito aonde mostravam que todos os recursos que entraram na conta da Natimar foram transferidos para terceiros e nenhum desses do PP, nenhum Deputado, nenhum político, para pessoas com nome, CPF e todas essas operações foram registradas, porque são transferências eletrônicas, não são saques em caixa, saques em dinheiro, são transferências eletrônicas e com seu CPMF, seu CPMF na época retido como instrução da Receita Federal, declarados à Receita Federal, mensalmente como eram as normas que nós deveríamos cumprir.

(...)

Defensor: A última pergunta. Se em relação às operações da Natimar foi recolhido todo o CPMF dessas operações e se o cliente além de receber o informativo da BMF se recebeu também os informativos tributários atinentes a essas operações?

Interrogando: A Natimar, ela recebia todos os esclarecimentos de todos os extratos dos valores contidos em sua conta-corrente. **Esses valores, é importante, eles entraram na conta Natimar, não é que saíram, eles foram utilizados em operações realizadas dentro do pregão da Bolsa, ou seja, foram comprados, foi comprado ouro, foi vendido ouro, foi debitado, creditado, tudo isso foi identificado pela auditoria, o valor retido de CPMF equivalente, se não me falha a memória, alguma coisa como 30 e poucos mil reais, ou seja, e foi comunicado à Receita Federal o valor retido e de quem era o valor, porque é obrigação nossa, mas um procedimento normal.**

(Interrogatório Judicial: Breno Fischberg - fls. 16573/16590).

46830  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

**“Defensor: Esses valores foram devidamente contabilizados pela empresa?”**

**Interrogando: Devidamente contabilizados e devidamente tributados.**

**Defensor: Esses valores ao serem aplicados eram de conhecimento do Banco Central, pela Bolsa?**

**Interrogando: Sim. Total conhecimento.**

**Defensor: Na saída desses valores aqueles que seriam os beneficiários era possível identificar quem eram essas pessoas?**

**Interrogando: As pessoas tinham CPF e CNPJ válidos. E como eram depósitos feitos em contas de terceiros nós éramos obrigados a reter a CPMF. Então, era retida a CPMF e informado à Receita Federal.”** (Interrogatório

Judicial: Enivaldo Quadrado – fls. 16672/16693).

E mais, não bastasse a existência de prova documental, merecem destaque as breves e pontuais declarações prestadas por **Breno Fischberg**, pelas quais resta demonstrada a inexistência de qualquer conduta que caracterize os núcleos *ocultar* ou *dissimular* integrantes do tipo penal:

**“Excelência, eu gostaria de voltar a frisar, é extremamente importante porque quando o dinheiro entra numa empresa financeira, esse dinheiro é registrado, não existe como não registrá-lo. Eu registro ele na entrada, vai para a conta-corrente do cliente, eu registro esses recursos na saída via transferência eletrônica, ou seja, eu coloquei o meu nome Bônus na entrada e coloquei meu nome Bônus na saída, não poderia estar cometendo nenhuma lavagem de dinheiro a partir do momento que eu identifiquei quem sou eu, de onde veio, para onde foi, retive o CPMF, enviei para a Receita Federal os nomes, os valores que foram retidos e todos os nomes de quem... Para quem foram esses recursos foram identificados por nós. A Bônus Banval requereu a auditoria e entregou ao Ministério Público e a Comissão**

46835  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Parlamentar de Inquérito todos esses documentos. **Nós nunca escondemos nada. Nunca houve por parte da Bônus Banval nenhum interesse em omitir qualquer informação. Até porque é impossível omitir uma informação já que o Banco Central rastreia todos os nossos valores.** (Interrogatório Judicial: Breno Fischberg - fls. 16573/16590).

Da mesma forma, as testemunhas ouvidas no curso da ação penal ratificam a absoluta transparência das operações financeiras realizadas pela **Corretora Bônus Banval**:

“Defensor: As operações que eram realizadas na corretora eram todas registradas na contabilidade da empresa?”

Testemunha: Sim. **Porque as operações elas não podiam deixar de ser contabilizadas, porque uma vez especificada, a Bolsa já gera um relatório, né, e isso tudo fica tanto na Bolsa quanto na corretora, manda um relatório para a corretora.**

Juíza: O senhor tinha acesso à contabilidade da Bônus Banval?

Testemunha: Não

Juíza: Então, o senhor afirma que essas operações eram contabilizadas com base no quê?

Testemunha: Porque não tem... Eu acredito que **não tem como não ser, por existir um cadastro da própria Bolsa, e ela gera um relatório, e manda para a corretora, não tem como ela não fazer o mesmo, eu acredito que se houvesse uma falta de contabilização já teria tido alguma fiscalização nesse sentido.**

(Testemunha de Defesa: Ubirajara dos Santos Macieira - fls. 29439/29449).

“Defensor: A senhora sabe se as operações eram registradas na contabilidade da empresa Bônus Banval?”

Testemunha: **Toda a operação é registrada na conta da**

M 6832  
6

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

empresa, mas cada corretora tem um membro de compensação e a liquidação financeira fica através de membros de compensação também pela corretora.

Defensor: Os tributos inerentes as operações financeiras no caso a CPMF eles eram recolhidos?

Testemunha: Eram. Já em nota.

Defensor: Desculpe, já em nota?

Testemunha: Em nota de corretagem que se dá aos clientes, operações financeiras, todos esses tributos já vem especificados em notas, uma parte do Imposto de Renda é cobrado na fonte, a outra parte na verdade é o cliente que paga." (Testemunha de Defesa: Fabiana Rodriguez Calzado – fls. 29450/29458).

Com relação aos favores prestados a **Marcos Valério**, mediante a coleta de valores, junto à Tesouraria do Banco Rural, em São Paulo, há de se concluir, também, terem sido os procedimentos feitos com absoluta transparência. Afinal, os valores retirados estavam em posse do responsável pela Tesouraria da instituição financeira, na agência paulista (Sr. Guanabara), e, para que fossem entregues, exigiu-se a apresentação de identificação, pelos portadores, que assinaram de recibos do dinheiro.

Nesse sentido, aduziram **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, em interrogatório judicial, realizado perante a Justiça Federal da Subseção Judiciária de São Paulo:

INTERROGANDO: (...) Esses valores que eu sei que em geral na imprensa são mostrados como valores absurdos, para aquela pessoa não eram valores significativos. Então, ele fez um favor normal para nós (...).

DEFENSOR (pelo Breno): Se todas essas retiradas foram feitas por funcionários que deixavam o nome e se foram feitas em Instituição Financeira?

INTERROGANDO: Eu acho isso... De novo vou ressaltar, foram dois funcionários, foram funcionários nossos registrados, um deles um gerente financeiro nosso, outro um motorista da

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

empresa, eles foram, não fórum num escritorzinho, foram no Banco Rural, na Av. Paulista, se identificaram, entregaram seus documentos, ou seja, em nenhum momento há por nossa parte uma tentativa de nos omitirmos ou nos escondermos das operações que porventura nos fizemos, ou favores que fizemos”.

(Interrogatório Judicial: Breno Fischberg – fls.16573/16590)

“INTERROGANDO: (...) não foi saque da empresa (...), o dinheiro já estava à disposição lá no Banco Rural a pedido das empresas do Marcos Valéria (...). meus funcionários se identificaram com RG e tudo mais, mas já estavam prontos os envelopes com o dinheiro (...) Não teve operação, Excelência, foi a título de favor (...). O contato com ela sempre foi por telefone. Falou para mim se eu podia mandar um funcionário, eu mesmo, na agência do Banco Rural na Av. Paulista, retirar um envelope para entregar a posteriori para Marcos Valério (...). Na verdade não foram saques, foi retirado de dentro da tesouraria do Banco Rural (...).

DEFENOR (por Enivaldo): Em relação aos cheques, aos valores sacados... Retirados no Banco Rural, perdão, não chamou a atenção do senhor os valores retirados?

INTERROGANDO: Não. Conforme eu expliquei eu estava fazendo apenas um favor, uma gentileza. Então, eu estava mandando pessoas de minha confiança ir à tesouraria de um banco, isso eu quero deixar bem claro, procurar uma determinada pessoa, o senhor Guanabara, e simplesmente retirar esse volume e entreguei integralmente ao Marcos Valério”.

(Interrogatório Judicial: Enivaldo Quadrado – fls. 16672/16693)

Para comprovar a transparência e a inexistência de quaisquer intenções de ocultar valores, cumpre sejam transcritos os depoimentos dos funcionários da **Corretora Bônus Banval**, que receberam a incumbência de coletar os valores. Tal como se verifica, todos eles foram

46834  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

instados, quando da retirada do dinheiro, a apresentar carteiras de identificação, bem como a assinar documento de recibo, dentro das dependências da Tesouraria do Banco Rural, em São Paulo - SP:

*DEFENSORA: (...). Eu queria saber se a testemunha além de assinar o recibo, apresentou algum documento se identificando a pessoa do Banco Rural?*

*DEOPENTE: Sim, eu apresentei o meu RG (...).*

(Testemunha de Acusação: Benoni Nascimento - fls. 19573/19577)

*DEFENSORA: (...). Eu gostaria de saber se o senhor apresentou algum documento de identidade para a retirada dos Valores no Banco Rural.*

*DEPOENTE: Apresentei, o meu RG.*

*DEFENSORA: Eu gostaria de saber também se o senhor apresentou algum recibo no momento da retirada dos valores.*

*DEPOENTE: Assinei recibo que estava retirando os 150 mil no primeiro dia e posteriormente foi a mesma coisa com o senhor Guanabara que era o tesoureiro do Banco Rural".*

(Testemunha de Acusação: Áureo Marcato - fls. 19638/19645)

Diante do exposto, seja pelas provas documentais, seja pelos depoimentos prestados, restou evidenciado que todas as operações financeiras realizadas pela **Corretora Bônus Banval** foram absolutamente transparentes, os respectivos recursos foram registrados na entrada e na saída, as operações contabilizadas, os tributos recolhidos e as informações sobre as operações encaminhadas diretamente à Receita Federal.

Dentro desse contexto, impossível imaginar de que forma os **Acusados** teriam *ocultado* ou *dissimulado* a origem dos valores em questão.

Por essa razão, em virtude do não preenchimento dos núcleos integrantes do tipo penal e conseqüente atipicidade da conduta,

46835  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

requer-se a absolvição dos **Acusados**, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código Penal.

Por fim, subsidiariamente, caso Vossas Excelências entendam serem típicas as condutas atribuídas a **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, faz-se mister ponderar que inexistem quaisquer provas de que eles teriam concorrido para a infração penal, sendo necessário, portanto, a prolação de decreto absolutório, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

## IX.3 – Da Ausência de Lesão ao Bem Jurídico Tutelado pela Lavagem de Dinheiro

A partir do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, depreende-se que o legislador somente deve tipificar os comportamentos frequentes e intoleráveis que causam ameaça a um determinado valor essencial.

Assim, o ponto de partida do Direito Penal deve sempre se pautar pelo bem jurídico tutelado, compreendido como de valor vital para a comunidade e para o indivíduo.

De acordo com os ensinamentos de Heleno Cláudio Fragoso: *“o bem se torna jurídico quando o direito o reconhece e protege através da norma jurídica. O bem jurídico não é um bem do direito, mas um bem da vida humana, que preexiste a toda qualificação jurídica”*.<sup>68</sup>

Desse modo, a função do bem jurídico não se restringe ao momento de criação do modelo do delito, mas se estende à aplicação da lei penal, *“exigiendo que tanto la figura típica como la conducta concreta comporten la lesión o la puesta em peligro del bien jurídico tutelado, lo que convierte a la idea del bien jurídico em um elemento central de la interpretación del tipo penal y, por tanto, del alcance de su aplicación.”*<sup>69</sup>

Ou seja, para que a conduta em apuração tenha subsunção ao tipo penal, faz-se necessário que exista lesão, ou mesmo, risco de

<sup>68</sup> Heleno Cláudio Fragoso, *Direito Penal e direitos humanos*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1977.

<sup>69</sup> Ignacio Berdugo Gomez de La Torre, *Lecciones de derecho penal – parte general*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 49.

46836  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

lesão ao bem jurídico tutelado pelo delito, sob pena de estar-se diante de fato atípico.

Não obstante alguns poucos entendimentos díspares, a doutrina pátria se consolidou ao considerar que o bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem de dinheiro é a ordem do sistema econômico-financeiro.

A respeito do tema em questão, importante esclarecer o conceito de Sistema Econômico, sob o prisma da Constituição Federal:

*"(...) conjunto de estruturas organizado, harmônica e coerentemente, para o fim de ordenar a produção e a distribuição dos recursos necessários à sobrevivência e progresso social. O modo específico de se organizar tal sistema, de acordo com valores e princípios fundamentais, é que vem a caracterizar os diversos sistemas, como o corporativo, o capitalista, o socialista, o neocapitalista etc. Quando o sistema se confirma em estruturas normativas de natureza jurídica, política ou econômica, ele toma aspecto de regime. O sistema econômico vem a exprimir, assim, na sua totalidade, a maneira como se relacionam e ajustam as diversas variáveis e componentes estruturais, tudo em sintonia com os critérios políticos e os institutos políticos que lhes correspondem e se destinam a dar-lhe eficácia. O sistema econômico pode ser concebido, portanto, como um conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais que garantem e realizam o equilíbrio econômico. Interpenetra-se, por isso, com o sistema político, na medida em que dele precisa para as decisões necessárias ao funcionamento e organização. E com o sistema jurídico, em busca do ordenamento necessário à disciplina das atividades econômicas de produção e troca".* <sup>70</sup>

<sup>70</sup> Nagib Slaibi Filho, *Anotações à constituição de 1988 – aspectos fundamentais*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1989, p. 383.

46837  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Sendo assim, a Lei Federal nº 9.613/98 busca tutelar os sistemas financeiro e econômico do País, de modo a garantir a mínima segurança e transparência das operações e transações realizadas.

Em suma, "este novo diploma foi ditado com a nítida intenção de prevenir a utilização dos sistemas financeiro e econômico do País para fins ilícitos, sobretudo com o propósito de impedir a legalização do patrimônio de origem criminosa, isto é, do produto ou resultado dos crimes antecedentes nela especificados".<sup>71</sup>

Para que não restem dúvidas quanto ao bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem de dinheiro, cumpre ressaltar que a própria Convenção de Viena - principal fonte inspiradora das leis sobre a matéria - constata que o crime organizado e a lavagem de dinheiro afetam a economia, além de pôr em risco a estabilidade, a segurança e a transparência do sistema financeiro.

Em continuidade aos termos da Convenção de Viena, foi assinada a *Declaração de Princípios*, assinada na Conferência Ministerial sobre Lavagem de Dinheiro e Instrumentos do Crime: "La transferencia, conversión e inversión del producto ilícito de delitos graves relacionados y no relacionados con el tráfico ilícito de drogas constituyen un reto a la conversión de la ley y el orden em el hemisfério y pueden amenazar la integridade, confiabilidade y estabilidad de los Gobiernos, los sistemas financeiros y el comercio".<sup>72</sup>

Mais que isso, pela mera leitura da Exposição de Motivos da Lei de Lavagem de Dinheiro, pode-se aferir que os bens tutelados por aludido delito são a credibilidade e estabilidade da ordem econômico-financeira.

Dentro desse contexto, para que reste caracterizado o crime de lavagem de dinheiro, faz-se necessário que as condutas em questão sejam aptas a abalar a transparência, a estabilidade e a segurança do sistema econômico-financeiro, o que, evidentemente, não ocorreu no caso concreto.

<sup>71</sup> Marco Antônio de Barros, *Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas*, São Paulo, Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 5.

<sup>72</sup> www.cicad.oas.org

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Os **Acusados** são denunciados, tão somente, porque a **Corretora Bônus Banval** teria recebido transferências não identificadas na conta corrente de um de seus clientes – a **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.** – e, posteriormente, mediante solicitação expressa de aludido cliente, teria transferido os valores para contas de terceiros.

Primeiramente, o próprio panorama empresarial da **Corretora Bônus Banval** evidencia que a empresa e seus sócios sempre prezaram pela transparência de todas suas operações financeiras, o que inviabiliza qualquer possibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado.

Não bastasse, todas as operações financeiras são realizadas via transferência eletrônica *on-line*, com respectivo pagamento da antiga Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), bem como plena ciência da Comissão de Valores Mobiliários, o que, por si só, evita quaisquer riscos à credibilidade e à estabilidade do sistema econômico-financeiro.

E mais, tanto as operações são legítimas e transparentes, que os próprios **Acusados** apresentaram à Justiça e ao Departamento da Polícia Federal laudo pericial contábil elaborado por empresa de auditoria com a lista de todas as operações financeiras realizadas, respectivos depositantes, terceiros beneficiários e pedidos de transferências formulados pela empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, devidamente assinadas pelo representante legal da empresa.

Na verdade, conforme se depreende dos depoimentos prestados, todas as operações foram regulares, registradas, contabilizadas, transparentes e sempre estiveram à disposição dos órgãos públicos fiscalizadores, o que, por si só, impede a existência de risco de lesão à credibilidade, estabilidade e transparência do sistema econômico.

*“(…) nós contratamos uma das maiores empresas de auditoria contábil do país que era a Bordin Associados e essa empresa fez quando começou a aparecer nosso nome uma auditoria que foi entregue ao Procurador-Geral da República, foi entregue a Comissão Parlamentar de Inquérito aonde*

MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*mostravam que todos os recursos que entraram na conta da Natimar foram transferidos para terceiros e nenhum desses do PP, nenhum Deputado, nenhum político, para pessoas com nome, CPF e todas essas operações foram registradas, porque são transferências eletrônicas, não são saques em caixa, saques em dinheiro, são transferências eletrônicas e com seu CPMF, seu CPMF na época retido como instrução da Receita Federal, declarados à Receita Federal, mensalmente como eram as normas que nós deveríamos cumprir.”* (Interrogatório Judicial: Breno Fischberg - fls. 16573/16590).

*“Defensor: Esses valores foram devidamente contabilizados pela empresa?”*

*Interrogando: Devidamente contabilizados e devidamente tributados.*

*Defensor: Esses valores ao serem aplicados eram de conhecimento do Banco Central, pela Bolsa?*

*Interrogando: Sim. Total conhecimento.*

*Defensor: Na saída desses valores aqueles que seriam os beneficiários era possível identificar quem eram essas pessoas?*

*Interrogando: As pessoas tinham CPF e CNPJ válidos. E como eram depósitos feitos em contas de terceiros nós éramos obrigados a reter a CPMF. Então, era retida a CPMF e informado à Receita Federal.”* (Interrogatório Juicial: Enivaldo Quadrado - fls. 16672/16693).

Não bastasse a absoluta transparência e legitimidade das operações financeiras realizadas, cumpre destacar que o equilíbrio do sistema econômico-financeiro sempre foi mantido no caso concreto, na medida em que:

**(i) os Acusados e a Corretora Bônus Banval não obtiveram qualquer espécie de vantagem financeira derivada das operações em questão,**

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

46840  
L

(ii) os **Acusados** e a **Corretora Bônus Banval** jamais deram causa prejuízo ao Sistema Financeiro Nacional, clientes, funcionários, colaboradores ou investidores;

(iii) os Acusados e a Corretora Bônus Banval nem sequer sofreram procedimentos administrativos para apuração dos fatos discutidos na presente ação penal, conforme se depreende dos depoimentos prestados no curso da ação penal:

*"(...) Defensor: A Corretora Theca foi agente de compensação da Bônus Banval?"*

*Testemunha: Ela era membro de compensação da Bônus Banval.*

*Defensor: O senhor sabe informar qual é o papel de um membro de compensação?"*

*Testemunha: As corretoras de BMF precisam de um membro de compensação para compensar suas operações junto a BMF.*

*Defensor: Se a Bônus Banval tivesse deixado algum prejuízo no sistema financeiro, provavelmente esse membro de compensação teria conhecimento?"*

*Testemunha: Ele é coobrigado. (...)*

**Defensor: Houve prejuízo efetivo causado pela corretora no sistema financeiro?**

**Testemunha: Não. (...)**

*MPF: O senhor tem conhecimento, a respeito do que o senhor falou, sobre as avaliações periódicas, fiscalizações periódicas, se a Bônus Banval sofreu algum processo administrativo da BMF e da CVM?"*

*Testemunha: Não. Desconheço." (Testemunha de Defesa Marcelo Sepúlveda - fls. 29421/29426).*

**"(...) Defensor: A Corretora Bônus Banval deixou algum tipo de prejuízo no mercado?"**

**Testemunha: Que eu tenha informação, não."**

*(Depoimento da Testemunha José Aparecido Costa de França - fls. 29428/29437).*

46841  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

**"(...) Defensor: A senhora sabe informar se a corretora Bônus Banval deixou algum tipo de prejuízo no mercado financeiro?"**

**Testemunha: Não deixou, até onde eu sei, não deixou nenhum tipo de prejuízo.** (Depoimento da Testemunha Fabiana Rodriguez Calzado – fls. 29450/29458).

*"(...) Defensor: Quantos anos o interrogado tem de mercado financeiro?"*

*Interrogando: 22 anos, mais ou menos.*

*Defensor: Alguma vez teve algum problema com a CVM, no Banco Central?*

*Interrogando: Não. Nunca.*

*Defensor: Teve alguma questão com o COAF?*

*Interrogando: Também não.*

**Defensor: Essas operações que o interrogado está sendo acusado trouxeram algum benefício pessoal?**

**Interrogando: Nenhum. Nenhum.**

**Defensor: Recebeu algum valor do Partido dos Trabalhadores, do Pedro Henry, José Janene, Genu, Pedro Correa?**

**Interrogando: Não. Nunca.**

*Defensor: O interrogado ofereceu o sigilo bancário?*

*Interrogando: Ofereci.*

*Defensor: A corretora ofereceu o sigilo bancário?*

*Interrogando: Ofereceu.*

*Defensor: O senhor... O interrogado é capaz de explicar quais são as conclusões que a auditoria chegou?*

*Interrogando: Que os valores integralmente depositados foram integralmente devolvidos, sem nenhum benefício da corretora.*

*Defensor: Se a Secretaria da Receita Federal recebeu os tributos inerentes a essas operações?*

*Interrogando: Recebeu todos, nós fomos até auditados há pouco tempo.*

*Defensor: O Banco Central, a CVM, interpelaram a corretora*

46842  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

quanto à suspeita dessas operações?

Interrogando: Não. Nunca.

Logo, tendo em vista que o delito de lavagem de dinheiro tem como objetivo proteger a ordem econômico-financeira, “o objeto da tutela jurídica se reflete na proteção da vulnerabilidade dos sistemas econômicos, bem como na luta por sua transparência.” Ou seja, o delito apenas se caracteriza se a conduta: “pode desestruturar sistemas financeiros, comprometer atividades econômicas e minar políticas públicas sociais” <sup>73</sup>, o que não ocorreu no caso.

A breve análise dos fatos em apuração demonstra que as condutas dos **Acusados** e da **Corretora Bônus Banval** sempre prezaram pela absoluta transparência das operações financeiras realizadas e pela proteção à integridade do sistema financeiro, com a finalidade de garantir o pleno equilíbrio da ordem econômica.

Tanto é assim, que os **Acusados**: **(i)** jamais deram causa a qualquer prejuízo ao Sistema Financeiro Nacional, clientes, investidores e funcionários; **(ii)** não geraram qualquer desequilíbrio à ordem econômica; **(iii)** não afetaram a credibilidade do Sistema Econômico-Financeiro; **(iv)** não sofreram procedimento administrativo junto aos Órgãos Fiscalizadores para apuração dos fatos em questão; **(v)** tiveram todas as suas operações financeiras devidamente registradas, auditadas e fiscalizadas pelas entidades públicas; **(vi)** não obtiveram qualquer vantagem econômica derivada das operações em questão.

Diante do exposto, em virtude da absoluta ausência de risco de lesão ao bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem de dinheiro, e conseqüente atipicidade material da conduta, requer-se a absolvição dos **Acusados**, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Por fim, subsidiariamente, caso Vossas Excelências entendam serem típicas as condutas atribuídas a **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, faz-se mister ponderar que inexistem quaisquer provas de que eles teriam concorrido para a infração penal, sendo necessário, portanto, a prolação de decreto absolutório, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

<sup>73</sup> Marco Antonio de Barros, *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

## IX.4 - Da Comprovada Ausência do Elemento Subjetivo - Inexistência de Conhecimento sobre a Origem dos Valores

A Lei Federal nº 9.613/98 contém, tão somente, tipos dolosos, na medida em que não há qualquer referência à modalidade culposa (artigo 1º e 18, ambos do Código Penal). Desta forma, buscou-se seguir a recomendação da Convenção de Viena quanto à exclusiva tipicidade das condutas intencionais:

*“Es verdade que, como pone de manifiesto la doctrina penal, tanto la Convención de Viena de 1988 (art. 3.1), como la doctrina penal, tanto la Convención de Viena de 1988 (art. 3.1), como la Directiva 91/308/CEE (art. 1), y también el Convenio europeo de 1990 (art. 6.1), se refieren unicamente a la punición de las conductas de blanqueo cuando se cometan intencionadamente o intencionalmente”.*<sup>74</sup>

O dolo implica ação consciente e decisão de querer perpetrá-la. Ou seja, para se caracterizar o tipo doloso, o agente se destina a realizar o tipo objetivo e, de fato, o faz.

Sob esse prisma, não há que se olvidar que o dolo integra a própria ação, sendo *“parte de um todo ontologicamente indecomponível”*.<sup>75</sup>

O elemento subjetivo do delito de lavagem de dinheiro é o dolo direto, isto é, a vontade livre e consciente de realizar o tipo objetivo - ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime - com conhecimento dos elementos normativos constitutivos do tipo.

Como se sabe, o crime antecedente constitui elemento objetivo do tipo penal da lavagem de dinheiro. Por essa razão, *“a prática da lavagem de dinheiro depende, portanto, de o sujeito ativo saber da origem ilícita*

<sup>74</sup>Julio Diaz-Maroto Y Villarejo, *El blanqueo de capitales em el derecho español*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 31.

<sup>75</sup>Miguel Reale Júnior, *Teoria do Delito*, São Paulo, RT, 1998, p. 125.

46844  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

dos bens, para concretizar-se o tipo doloso. Isto quer dizer, o agente precisa ter ciência do delito prévio e querer realizar a ocultação ou a dissimulação da origem ilícita".<sup>76</sup>

Os ensinamentos de Isidoro Blanco Cordero demonstram que a configuração do delito de lavagem de dinheiro exige que o agente tenha prévia ciência de que os bens, direitos ou valores são oriundos de crime antecedente:

*"(...) La necesidad de conocer el origen de los bienes objeto del blanqueo de capitales es apuntada como razón básica, con lo que la ausencia del conocimiento determina, en muchos casos, la atipicidad. (...)*

*El delito de blanqueo de capitales doloso requiere la conciencia y la voluntad de llevar a cabo la conducta típica. En caso contrario, se quebrantaría el principio de culpabilidad, o mejor, de responsabilidad subjetiva, imputación subjetiva, configurandose una responsabilidad objetiva no admisible en los derechos de nuestra órbita".<sup>77</sup>*

E mais, a afirmativa de que somente será típico o fato se o agente tiver conhecimento da origem do produto se justifica, segundo Muñoz Conde, na medida em que *"nadie puede querer realizar algo que no conoce"*.<sup>78</sup>

Dentro desse contexto, a mera análise dos fatos em apuração evidencia a atipicidade da conduta imputada aos **Acusados**, na medida em que resta constatado que ambos jamais tiveram ciência da hipotética origem espúria dos valores em questão.

A **Corretora Bônus Banval** possuía uma vasta carteira de clientes, os quais eram aprovados pelo *Compliance* do Departamento Administrativo, em absoluta observância às regras contidas no Manual As

<sup>76</sup> Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente* -, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 136.

<sup>77</sup> Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 330.

<sup>78</sup> Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal - Parte General*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, p. 286.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Melhores Práticas de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, publicado pela Associação Brasileira de Bancos Internacionais.

Nesse sentido, destacam-se os depoimentos prestados pelas testemunhas ouvidas no curso da ação penal:

*“Defensor: Os clientes da Corretora passavam por um cadastro da empresa?”*

*Testemunha: **Todo cliente precisa de um cadastro, a corretora tem que ter um cadastro desse cliente.***

*Defensor: E esses clientes forneciam documentos, informes de rendimentos, coisas e tal?*

*Testemunha: Muito provavelmente.*

*Defensor: As operações de day trade são comuns no mercado financeiro?*

*Testemunha: São comuns.*

*Defensor: Dentro da estrutura da corretora cada cliente tem uma espécie de conta?*

*Testemunha: Todo o cliente tem uma conta individualizada dentro da corretora. (...)*

*MPF: O senhor mencionou a questão do cadastro em resposta à pergunta do Defensor que existe um cadastro. Gostaria de saber, esse cadastro era composto de quais elementos, o que continha esse cadastro de clientes da corretora?*

*Testemunha: **A ficha cadastral, os documentos pessoais do cliente e declaração financeira.***

*MPF: Uma declaração financeira, o que vem a ser isso, desculpe, poderia especificar?*

*Testemunha: Sim, você diz na declaração o que você tem de patrimônio, de pró-labore, de salário.” (Testemunha de Defesa: Marcelo Sepúlveda – fls. 29421/29427).*

*“Defensor: Os clientes da corretora eram devidamente registrados em ficha cadastral da empresa?”*

*Testemunha: O que eu posso responder com relação a essa questão é que os meus clientes eram cadastrados. Quando*

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

prospectava um cliente e avançava no sentido de fazer com que ele se tornasse cliente, providenciava o cadastro e toda a documentação pertinente, com relação as contas da corretora, não posso afirmar.

Defensor: Os clientes chegavam a entregar informe de rendimentos nesse ato de cadastro?

Testemunha: Até o determinado momento, não era exigência de mercado, mais recentemente passou a se tornar uma prática. Eu creio que em alguns casos sim, não posso afirmar se em todos.

(...)

MPF: Tinha alguém responsável pelo setor de conheça o seu cliente; "know your client"?

Testemunha: (...) Nas corretoras menores, eu creio que a bônus se enquadra nesse caso, havia, sim, um acompanhamento do "conheça seu cliente", mas não da forma como eu conheço hoje.

MPF: Na Bônus Banval especificamente esse acompanhamento ocorreu de que maneira?

Testemunha: Veja só, quando se apresentava um cliente na corretora, eu tinha essa função, quer dizer, eu componho um quadro de... Prospecção de novos clientes. Então, no meu caso, por exemplo, quando eu prospectava um cliente, o que é que se fazia primeiro? O cadastro, as informações pessoais, tais como renda, patrimônio, bancos em que atua, indicações comerciais, referência comerciais. Então, esse era o procedimento, entrega-se o cadastro, o cadastro tendo sido autorizado o cliente a partir daí pode operar normalmente. (Testemunha de Defesa: José Aparecido Costa de França - fls. 29428/29438).

Em continuidade aos depoimentos prestados, todas as outras testemunhas são assertivas ao demonstrar a cautela e regularidade do procedimento de cadastro e análise dos clientes da **Corretora**

**Bônus Banval:**

## MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

“Defensor: Os clientes da corretora Bônus Banval eram devidamente registrados em ficha cadastral da empresa?”

Testemunha: Sim. **Toda a pessoa física, enfim, qualquer pessoa que opere em qualquer corretora ela tem que ter a princípio um cadastro. Não existe a possibilidade... Até porque as operações têm que ser registradas no nome de alguém. E lá não era diferente.**

Defensor: No momento desses cadastros os clientes entregavam documentos para análise da corretora?

Testemunha: É comum, né, **uma ficha cadastral, né, que é elaborada a princípio, a Bolsa que tem um padrão, onde pede toda a documentação, CIC, RG, comprovante de rendimento. Isso tudo era feito.** (Testemunha de

Defesa: Ubirajara dos Santos Macieira – fls. 29439/29449).

“Defensor: Os clientes da corretora Bônus banval eles eram registrados em ficha cadastral da empresa?”

Testemunha: Eram.

Defensor: Eles entregavam documentos no momento desses cadastros?

Testemunha: **Só podiam operar quando estivesse com o dado cadastral e documentação pronta e aprovado para ser operado.** (Testemunha de Defesa: Fabiana Rodriguez Calzado – fls. 29450/29458).

Dentre os clientes da Corretora, encontrava-se a empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, a qual, no momento de abertura de sua conta-corrente também passou pelo aludido rigoroso processo de cadastro, oportunidade em que apresentou todos os documentos necessários à **Corretora Bônus Banval**, conforme documentos juntados aos autos da ação penal (fls. 3645/47):

“Defensor: A senhora sabe se a empresa Natimar era cliente da corretora Bônus Banval?”

Testemunha: Natimar era.

Defensor: A empresa Natimar passou pelo mesmo processo

46848  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

de cadastro das outras empresas?

Testemunha: *Eu não faço parte do cadastro. Eu sou só uma executora de ordem, operadora de mesa, não tenho como responder o que era feito no cadastro. **Mas para você operar você tem que passar por todo esse processo de cadastro.*** (Testemunha de Defesa: Fabiana Rodriguez Calzado - fls. 29450/29458).

A **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.** possuía longo histórico comercial com a **Corretora Bônus Banval**, e era considerada um dos seus principais clientes, com significativa movimentação financeira mensal (fls. 3645/3647).

“Defensor: Qual o volume de operação da Natimar no ano de 2004?”

Interrogando: **A Natimar sempre foi uma empresa que até pelo mercado onde ela se especializou que é o mercado de ouro, são mercados de volume muito grandes. Então, para nós os volumes da Natimar eram muito grandes.** No ano de 2004 nós, depois fomos checar, ela movimentou algo em torno de 14 milhões de reais.

Defensor: Se a Natimar como cliente tinha cadastro e se a empresa Bônus Banval fazia o compliance dos seus clientes.

Interrogando: A Bônus Banval tinha cadastro da Natimar desde 2002, como eu já falei anteriormente e, sim, a corretora tinha uma empresa que fazia o compliance dela, aonde todos os clientes eram analisados.” (Interrogatório Judicial: Breno Fischberg - fls. 16573/16590).

“Juíza: Qual era o seu relacionamento com a empresa Natimar?”

Interrogando: Ela era cliente da corretora desde fevereiro de 2002.

Juíza: A empresa Natimar ela é uma empresa do quê?

Interrogando: Uma empresa de operações financeiras, tinha muita habilidade no mercado de futuros de dólar, mercado de

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

46849  
L

ouro.

*Juíza: Quem era o representante da Natimar?*

*Interrogando: Carlos Alberto Quaglia.*

*Juíza: A Bônus Banval e a Natimar elas negociavam normalmente?*

*Interrogando: Não, a Bônus só era intermediária, representante junto à Bolsa. Quem opera, na verdade, é o próprio cliente. A Bônus só é o ... Como é que se diz? A empresa que aceita as ordens do cliente para a Bônus, só a corretora. Essa é a função da corretora.*

*Juíza: E a corretora não sabia, então, quem eram esses clientes?*

*Interrogando: Não sabia. Só viemos saber depois com... Feita essa auditoria que a gente veio saber que esse dinheiro provinha das empresas particulares de Marcos Valério."*

(Interrogatório Judicial: Enivaldo Quadrado - fls. 16672/16693).

Dentro desse contexto, as transferências recebidas da conta corrente da **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.** jamais levantaram quaisquer suspeitas aos funcionários da **Corretora Bônus Banval**, na medida em que eram valores absolutamente compatíveis com a movimentação financeira de referido cliente.

Assim, chega ao absurdo o teor das alegações finais do Ministério Público Federal, tendo em vista ser impossível, à época dos fatos, que os **Acusados** viessem a ter ciência da origem dos valores transferidos.

Como se sabe, os **Acusados** somente puderam ter conhecimento de que os valores teriam sido originados de empresas ligadas à pessoa de Marcos Valério após a divulgação dos fatos na mídia, e consequente contratação de auditoria externa para realização de laudo pericial.

Na verdade, na convicção íntima dos **Acusados**, todos os valores em questão eram operações corriqueiras inerentes às atividades de intermediação de investimentos praticados pela **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, que, de forma alguma, fugiam à normalidade:

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Juíza: E com relação aos negócios entre a Bônus Banval e a Natimar que consta aqui da denúncia que resultou em transferências no valor total de um milhão e 200 mil reais ao PP, o que o senhor sabe a respeito desses negócios?

Interrogando: Não sei se eu posso me encompridar um pouquinho. Mas **esses valores foram depositados pela Natimar**, não sei se a senhora sabe como funciona uma corretora de valores, na verdade a corretora é uma conta mãe e quando um cliente determina, deseja operar por essa corretora ele faz um depósito na conta da corretora e internamente a corretora abre uma subconta em nome do cliente e ali ele vai poder comprar ações, operar nos mercados futuros e vai ser feito na conta-corrente do cliente, débitos, créditos e assim.

Juíza: Mas aqui no caso foi a Natimar que operou com a Bônus Banval, como foi o negócio?

Interrogando: A corretora era a Bônus Banval?

Juíza: A corretora Bônus Banval...

Interrogando: **Recebeu depósitos da Natimar como ela vinha fazendo... Sempre fez durante todo o período que ela operou conosco como cliente, nada de diferente, ela depois avisou a área financeira que estaria depositando recursos para poder operar nos mercados. Ela operou...**

(...)

Interrogando: Não senhora. Eu volto a frisar porque eu acho que para nós isso é uma questão extremamente importante porque eu tenho 30 anos de mercado financeiro e conheço o mercado financeiro a fundo. Os depósitos foram realizados para dentro da Bônus Banval, foram realizados pela empresa Natimar, o senhor Marcos Valério, em depoimento ao Procurador-Geral da República, ele cita que foram depositados, se não me falha a memória, 3 milhões e meio de reais, alguma coisa próximo a esse valor. **A auditoria externa descobriu, na verdade, dois depósitos que teriam sido feitos para nós, Bônus Banval, como Natimar teriam sido realizados pela 2S Participações e**

## MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Tolentino e Associados. Mas para a Bônus Banval esses valores entraram como se fossem créditos da cliente Natimar e esses recursos foram utilizados nos mercados na compra e venda dos ativos financeiros realizados no pregão da bolsa mercantil de futuros.

(...)

MPF: Excelência, quando os recursos ingressam na Bônus Banval aparece como um depositante ou como transferência oriunda da Natimar ou das empresas no caso concreto 2S e Tolentino e Associados?

Interrogando: Excelência, é importante isso porque para nós os depósitos eles são comunicados por telefone como é de praxe o cliente nos liga e informa que vai estar depositando valor, aquele valor estimado, estipulado naquele dia na nossa conta. Esses valores foram informados pela Natimar que haveria os depósitos, foram feitos depósitos naturalmente e nós, depois do caso vir à tona, que nós contratamos a auditoria, a empresa de auditoria solicitou informações e nós viemos a saber que esses depósitos vieram do Banco do Brasil, de duas empresas que não a Natimar, mas só ficamos sabendo disso a posteriori.

(...)

Defensor: Se em algum momento havia a possibilidade da Instituição Financeira desconfiar da origem desses valores?

Interrogando: No primeiro momento não, porque foi feita uma grande transferência eletrônica aonde não consta o nome do depositante e nada que chamasse a nossa atenção em virtude do volume de operações que a Natimar realizava.

(...)

Defensor: Quando, então, a Bônus Banval desconfiou de que os depósitos da Natimar provinham das empresas ligadas ao acusado Marcos Valério?

Interrogando: Na verdade, ela só desconfiou depois do fato ocorrido, do nosso nome já ter ido aos jornais, foi

46852  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

no momento em que nós contratamos a empresa de auditoria e essa empresa de auditoria detectou que esses depósitos eram de Minas Gerais, mais especificamente de Belo Horizonte e o banco do Brasil nos identificou os depositantes, isso consta no documento enviado ao Procurador-Geral da República.” (Interrogatório Judicial: Breno Fischberg – fls. 16573/16590)

No mesmo sentido, os esclarecimentos prestados por Enivaldo Quadrado demonstram ser inviável que os **Acusados** tivessem ciência da suposta origem espúria dos valores:

Juíza: A Natimar ela é uma empresa, o que é que ela é? É uma corretora?

Interrogando: É uma intermediadora de negócios

Juíza: Ela faz captação de clientes para, enfim, para investir em dinheiro? Pra investir dinheiro, é isso?

Interrogando: Para investimentos em ouro, investimentos em mercados futuros. Nesse sentido.

Juíza: Consta aqui que valores oriundos do núcleo de Marcos Valério eram depositados na conta da empresa Bônus Banval que os direcionava internamente para a conta da Natimar junto à própria Bônus Banval, sendo transferidas em seguida por Carlos Alberto Quaglia, Enivaldo Quadrado e Breno Fischberg aos destinatários reais do esquema. Essa afirmação é verdadeira?

Interrogando: Não. Não é. O dinheiro entrou na corretora, eu não sabia de onde vinha, entrou nas contas da Natimar. (...)

Juíza: Consta também que os recursos do núcleo de Marcos Valério repassados para a empresa Bônus Banval e Natimar tinham por origem predominante as empresas 2S Participações Ltda. e Rogério Lanza Tolentino Associados. Ambas do grupo empresarial de Marcos Valério. É verdadeira essa afirmação?

Interrogando: Quando do depósito eu não sabia. Como eu disse eram feitos depósitos online, não tinha

46853  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

identificação do depositante, viemos a saber depois da auditoria que sim. Que a empresa 2S pertencia ao Marcos Valério e à sua esposa e ao advogado Rogério Lanza Tolentino. (...)

Defensor: Quando que o interrogado percebeu que os depósitos teriam vindo das empresas de Marcos Valério?

Interrogando: Vim a perceber somente depois de ter saído na imprensa que poderia ter havido esses depósitos. Nós contratamos uma auditoria para que fosse feito. Essa auditoria baseou-se a depósitos vindos de Belo Horizonte, foi onde encontramos os depósitos da 2S, e do Rogério Lanza Tolentino, até então nós não sabíamos. (...)

Defensor: O volume dos valores depositados na conta da Natimar chamaria a atenção?

Interrogando: Não.

Defensor: Do senhor, do interrogado?

Interrogando: Não, porque sempre foram valores altos depositados pela Natimar. (Interrogatório Judicial: Enivaldo Quadrado – fls. 16672/16693).

Doutos Julgadores, “de modo sintético, integra o dolo típico da lavagem de dinheiro: conhecer os bens; a ocorrência de crime antecedente; e a relação entre tais bens e o crime antecedente.”<sup>79</sup>

Entretanto, no caso concreto, é evidenciado que:

(i) os **Acusados** não tinham ciência da origem dos valores, na medida em que acreditavam se tratar de investimentos corriqueiros inerentes às atividades negociais da **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.** – empresa regularmente cadastrada, e que passou pelo *Compliance* da **Corretora Bônus Banval**;

(ii) os **Acusados** jamais poderiam imaginar a hipotética ocorrência de qualquer crime antecedente, tendo em vista que nem sequer conheciam os indícios de que teriam ocorrido no passado;

<sup>79</sup> PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro : a tipicidade do crime antecedente* – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 136. 111

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

(iii) e ainda pior, de forma alguma, estariam aptos a relacionar os valores transferidos com um fictício delito antecedente.

Não obstante os **Acusados** jamais terem assumido qualquer risco no caso concreto, importante ressaltar que a configuração do delito de lavagem de dinheiro não pode ser baseada na figura do dolo eventual (quando o agente assume o risco de produzir o resultado). Afinal, os núcleos do tipo penal estão intimamente ligados à intencionalidade de se ocultar ou dissimular o patrimônio ilícito originário de crime antecedente.

Em suma, a intencionalidade de *ocultar* ou *dissimular* não dá abrigo à assunção de risco. Ao contrário, exige ação com conhecimento prévio da origem ilícita do capital, conduzida a partir da decisão de alcançar o resultado típico.

Nesse sentido, o entendimento de Marco Antonio de Barros:

*“Mister se torna reconhecer que a consciência por parte do autor do fato, no sentido de que os bens procedem de um delito anterior é um elemento normativo do tipo, pois para que o sujeito o conheça, necessita realizar previamente um processo de valoração. Por isso, só se configura o crime de lavagem quando o sujeito ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimento ou propriedade de bens, direitos ou valores, sabendo que estes são provenientes de ao menos um dos delitos primários. A expressão sabendo, quando usada em tipos penais, visa excluir o dolo eventual, pois com ele é incompatível”.*<sup>80</sup>

No caso concreto, não há que se falar na presença dos elementos cognitivo e volitivo necessários à configuração do delito, na medida em que os **Acusados**: (i) não tinham ciência da suposta origem

<sup>80</sup> Marco Antonio de Barros, *Lavagem de capitais e obrigações civis corretivas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 59.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

espúria dos bens (elemento cognitivo); **(ii)** nem sequer queriam praticar a hipotética ação típica (elemento volitivo).

Assim, a mera existência da presente ação penal e a absurda imputação feita aos **Acusados**, se aproximam do paradigmático processo-crime *Ágata Colombini*<sup>81</sup>.

Sendo que, a decisão da Corte de Apelação Italiana prolatada há mais de cem anos se mostra atual e traz subsídios à reflexão quanto aos limites, ao momento e à profundidade do conhecimento sobre o crime antecedente:

*“Más sagaces fueron las observaciones del defensor, pues atacó a la acusación en su terreno. Ud. Dice que no hay necesidad de probar el hurto, sino que basta demostrar el conocimiento del hurto en el acusado. Y esto cree haberlo probado con los dos indicios de la baratura del precio y de la reticencia del nombre del vendedor. Pero como puede Ud. afirmar que la Colombini tenía conocimiento del hurto cuando usted mismo no há podido adquirir esse conocimiento? Dice usted que aquellas gallinas podían provenir de algún hurto cometido em otras provincias, pero no advierte que com esa pretensión pone la base de una mera posibilidad de acusación, la cual no se mantiene en pie si no tiene el apoyo de una afirmación positiva. Frente a la simple afirmación de una posibilidad, queda siempre abierto el caminho para la posibilidad contraria. Usted há debido demostrar que aquellas gallinas eran robadas; en cambio, cuando se contenta con afirmar la posibilidad de que fueran robadas, justifica la investigación (para la cual basta la sospecha), pero no justifica la acusación ni la condena, para las cuales es necessária la certeza”.*<sup>82</sup>

<sup>81</sup> “No caminho para a cidade italiana de Lucca, a acusada adquiriu vinte e cinco galinhas de um aldeão desconhecido. Ao buscar revendê-las no mercado, considerou-se o preço baixíssimo, criando-se clamor de que seriam produto de crime. A suspeita quanto ao valor das aves e a reticente versão da imputada, no tocante à origem da mercadoria, levaram-na ao cárcere. (...) A acusada foi condenada pelo Tribunal de Lucca.” (Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, *Lavagem de dinheiro, a tipicidade do crime antecedente* – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 139.)

<sup>82</sup> Francesco Carrara, *Reminiscencias de cátedra y foro*, Trad. J. Guerrero. Bogotá, Temis, 1988.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Em outras palavras, se nem mesmo a Procuradoria-Geral da República, depois de anos de atividade instrutória, conseguiu evidenciar a proveniência ilícita, nem a relação causal exata entre os depósitos recebidos pela **Corretora Bônus Banval** e os valores que teriam vínculo com a administração pública, impossível se inferir tal ciência dos **Acusados**.

Conforme bem asseverado por Rodolfo Tigre Maia, a ignorância da origem do bem e a boa-fé não se coadunam com as condutas que integram o tipo, pois: "*ausente o dolo durante o iter criminis a conduta será, in casu, atípica*".<sup>83</sup>

Diante de todo exposto, não se encontra presente o elemento subjetivo necessário à configuração do delito, na medida em que: **(i)** os **Acusados** não tinham ciência da origem dos valores, tendo em vista que acreditavam se tratar de investimentos corriqueiros inerentes às atividades empresariais da **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**; **(ii)** jamais poderiam vir a imaginar a ocorrência de qualquer crime antecedente, até porque nem sequer conheciam os corréus da presente ação penal; e **(iii)** de forma alguma, poderiam relacionar os valores transferidos com um fictício delito antecedente.

Assim, não restam dúvidas quanto à atipicidade da conduta em apuração, por absoluta ausência do elemento subjetivo do tipo penal. Desta forma, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, requer-se a absolvição dos **Acusados**.

Por fim, subsidiariamente, caso Vossas Excelências entendam serem típicas as condutas atribuídas a **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, faz-se mister ponderar que inexistem quaisquer provas de que eles teriam concebido ou aderido à infração penal, sendo necessário, portanto, a prolação de decreto absolutório, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

<sup>83</sup> Rodolfo Tigre Maia, *Lavagem de Dinheiro – anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98*, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 88.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

## IX.5 – Da Absoluta Inidoneidade do Meio Empregado para a Suposta Lavagem de Dinheiro – Crime Impossível

O artigo 17, do Código Penal, prevê que: “*não se pune a tentativa quando, por ineficácia do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.*”

A primeira parte da disposição legal refere-se à ineficácia absoluta do meio empregado pelo agente para conseguir o resultado. Nesse caso, o meio é inadequado, inidôneo, ineficaz para que o sujeito possa obter o resultado pretendido.

O segundo trecho do dispositivo diz respeito à absoluta impropriedade do objeto material do crime, que não existe ou, nas circunstâncias em que se encontra, torna impossível a consumação.

De acordo com os ensinamentos do doutrinador chileno Enrique Cury Urzúa:

*“o direito só proíbe aquelas condutas que provoquem lesão ou a colocação em perigo de um bem juridicamente protegido. A tentativa, em conseqüência, é sancionada precisamente em consideração ao risco de dano que implica para o objeto de proteção. Logo, quando a ação é incapaz, por qualquer causa, de ocasionar a lesão, o fato deve ficar impune posto que carece daquela característica em que se assenta a antijuridicidade do delito tentado.”<sup>84</sup> (grifos nossos)*

Para separar a tentativa idônea da inidônea, deve-se levar em consideração o perigo que a ação realizada poderia representar para o bem jurídico tutelado. Sendo que, tal perigo, como explicita Anibal Bruno: “só existe se os meios que se empregam na tentativa são adequados à realização do resultado e ainda se o objeto sobre o qual ela incide apresenta as condições necessárias a que esse resultado se produza.”

<sup>84</sup> Enrique Cury Urzúa, *Tentativa y Delito Frustrado*, Santiago, Editorial Jurídica do Chile, 1977, p. 152.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Ora, a inidoneidade do meio dependerá sempre da análise da situação concreta e do conhecimento de que o agente tem dessa situação.

Mais especificamente ao caso concreto, para a configuração do delito de lavagem de dinheiro exige-se que o meio utilizado seja apto a ocultar (esconder) ou dissimular (disfarçar, encobrir com astúcia) a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, dos crimes elencados nos incisos do artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/98, para, posteriormente, integrá-los à economia.

Desta forma, não se caracteriza o crime quando se trata de conduta sem potencialidade de dano, ou que seja efetuada por intermédio de meio inidôneo.

*In casu*, não resta qualquer dúvida que a conduta descrita pelo Ministério Público Federal não é idônea para caracterizar qualquer uma das etapas do delito de lavagem de dinheiro. Afinal, inexistente ato apto a ocultar, dissimular e integrar bens, valores e direitos provenientes de crime antecedente.

Ao contrário, a completa transparência das operações financeiras demonstrada pelo fato dos valores terem (i) sido depositados via transferência eletrônica *on-line*; (ii) com respectivo pagamento da antiga Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) e; (iii) com pleno respeito às normas contábeis e fiscais: inviabiliza a possibilidade da prática do delito de lavagem de dinheiro.

Conforme se depreende dos depoimentos prestados, todas as operações foram absolutamente legítimas, registradas, contabilizadas, transparentes e sempre estiveram à disposição dos órgãos públicos fiscalizadores, o que, por si só, torna impossível a caracterização dos núcleos do tipo penal da lavagem de dinheiro:

"(...) nós contratamos uma das maiores empresas de auditoria contábil do país que era a Bordin Associados e essa

## MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

empresa fez quando começou a aparecer nosso nome uma auditoria que foi entregue ao Procurador-Geral da República, foi entregue a Comissão Parlamentar de Inquérito aonde mostravam que todos os recursos que entraram na conta da Natimar foram transferidos para terceiros e nenhum desses do PP, nenhum Deputado, nenhum político, para pessoas com nome, CPF e todas essas operações foram registradas, porque são transferências eletrônicas, não são saques em caixa, saques em dinheiro, são transferências eletrônicas e com seu CPMF, seu CPMF na época retido como instrução da Receita Federal, declarados à Receita Federal, mensalmente como eram as normas que nós deveríamos cumprir.

(...)

Defensor: A última pergunta. Se em relação às operações da Natimar foi recolhido todo o CPMF dessas operações e se o cliente além de receber o informativo da BMF se recebeu também os informativos tributários atinentes a essas operações?

Interrogando: A Natimar, ela recebia todos os esclarecimentos de todos os extratos dos valores contidos em sua conta-corrente. **Esses valores, é importante, eles entraram na conta Natimar, não é que saíram, eles foram utilizados em operações realizadas dentro do pregão da Bolsa, ou seja, foram comprados, foi comprado ouro, foi vendido ouro, foi debitado, creditado, tudo isso foi identificado pela auditoria, o valor retido de CPMF equivalente, se não me falha a memória, alguma coisa como 30 e poucos mil reais, ou seja, e foi comunicado à Receita Federal o valor retido e de quem era o valor, porque é obrigação nossa, mas um procedimento normal.**

(Interrogatório Judicial: Breno Fischberg - fls. 16573/16590).

“Defensor: **Esses valores foram devidamente contabilizados pela empresa?**

**Interrogando: Devidamente contabilizados e**

46860  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

devidamente tributados.

Defensor: Esses valores ao serem aplicados eram de conhecimento do Banco Central, pela Bolsa?

Interrogando: Sim. Total conhecimento.

Defensor: Na saída desses valores aqueles que seriam os beneficiários era possível identificar quem eram essas pessoas?

Interrogando: As pessoas tinham CPF e CNPJ válidos. E como eram depósitos feitos em contas de terceiros nós éramos obrigados a reter a CPMF. Então, era retida a CPMF e informado à Receita Federal.” (Interrogatório Judicial: Enivaldo Quadrado – fls. 16672/16693).

E mais, não bastasse a existência de prova documental, merecem destaque as breves e pontuais declarações prestadas por **Breno Fischberg**, pelas quais resta demonstrada a inexistência de qualquer meio apto a justificar as condutas de *ocultar* ou *dissimular* bens:

“Excelência, eu gostaria de voltar a frisar, é extremamente importante porque quando o dinheiro entra numa empresa financeira, esse dinheiro é registrado, não existe como não registrá-lo. Eu registro ele na entrada, vai para a conta-corrente do cliente, eu registro esses recursos na saída via transferência eletrônica, ou seja, eu coloquei o meu nome Bônus na entrada e coloquei meu nome Bônus na saída, não poderia estar cometendo nenhuma lavagem de dinheiro a partir do momento que eu identifiquei quem sou eu, de onde veio, para onde foi, retive o CPMF, enviei para a Receita Federal os nomes, os valores que foram retidos e todos os nomes de quem... Para quem foram esses recursos foram identificados por nós. A Bônus Banval requereu a auditoria e entregou ao Ministério Público e a Comissão Parlamentar de Inquérito todos esses documentos. Nós nunca escondemos nada. Nunca houve por parte da Bônus Banval nenhum interesse em omitir qualquer informação. Até porque é impossível omitir uma

46861  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

informação já que o Banco Central rastreia todos os nossos valores.” (Interrogatório Judicial: Breno Fischberg - fls. 16573/16590).

Da mesma forma, as testemunhas ouvidas no curso da ação penal ratificam a absoluta transparência das operações financeiras realizadas pela **Corretora Bônus Banval**:

“Defensor: As operações que eram realizadas na corretora eram todas registradas na contabilidade da empresa?”

Testemunha: Sim. Porque as operações elas não podiam deixar de ser contabilizadas, porque uma vez especificada, a Bolsa já gera um relatório, né, e isso tudo fica tanto na Bolsa quanto na corretora, manda um relatório para a corretora.

Juíza: O senhor tinha acesso à contabilidade da Bônus Banval?

Testemunha: Não

Juíza: Então, o senhor afirma que essas operações eram contabilizadas com base no quê?

Testemunha: Porque não tem... Eu acredito que não tem como não ser, por existir um cadastro da própria Bolsa, e ela gera um relatório, e manda para a corretora, não tem como ela não fazer o mesmo, eu acredito que se houvesse uma falta de contabilização já teria tido alguma fiscalização nesse sentido.”

(Testemunha de Defesa: Ubirajara dos Santos Macieira - fls. 29439/29449).

“Defensor: A senhora sabe se as operações eram registradas na contabilidade da empresa Bônus Banval?”

Testemunha: Toda a operação é registrada na conta da empresa, mas cada corretora tem um membro de compensação e a liquidação financeira fica através de membros de compensação também pela corretora.

Defensor: Os tributos inerentes as operações financeiras

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

no caso a CPMF eles eram recolhidos?

Testemunha: Eram. Já em nota.

Defensor: Desculpe, já em nota?

Testemunha: Em nota de corretagem que se dá aos clientes, operações financeiras, todos esses tributos já vem especificados em notas, uma parte do Imposto de Renda é cobrado na fonte, a outra parte na verdade é o cliente que paga."

(Testemunha de Defesa: Fabiana Rodriguez Calzado - fls. 29450/29458).

Desta forma, não resta dúvida que a conduta em apuração não tem potencialidade para ocultar ou dissimular a origem de bens, direitos e valores, motivo pelo qual deve ser considerado um crime impossível.

Diante do exposto, em virtude da inidoneidade do meio empregado e conseqüente inexistência de potencialidade para ocultar ou dissimular a origem dos bens, direitos e valores, a conduta em questão não constitui delito, por se tratar de crime impossível. Por essa razão, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, requer-se a absolvição dos **Acusados**.

## IX.6 - Da Inexistência de Elemento Essencial à Configuração do Delito - Crime Antecedente

Na exordial acusatória, a única referência sobre a suposta origem espúria dos valores é realizada de forma absolutamente genérica, sem qualquer prova material do delito antecedente, nem mesmo menção específica sobre seu nexos de causalidade com o objeto material:

*"Ciente de que os valores procediam de organização criminosa dedicada à prática de crimes contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional, os denunciados engendraram mecanismo para dissimular a origem, natureza e destino dos montantes auferidos." (Denúncia - fls. 97).*

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Em continuidade, mesmo com o término da longa persecução penal, as alegações finais da Acusação permaneceram inaptas a comprovar qual seria o crime antecedente que deu origem à hipotética lavagem de dinheiro imputada aos **Acusados**, nem mesmo teve êxito em constatar a existência de nexos de causalidade entre os valores e os fictícios crimes antecedentes. Na verdade, como se percebe, a Acusação tão somente abusou de ilações e presunções com relação à origem dos valores:

*“Sobre o abastecimento da conta corrente da Bônus Banval, a instrução comprovou que a origem imediata dos recursos foi um empréstimo contraído pela empresa Rogério Lanza Tolentino & Associados Ltda., de propriedade de Rogério Tolentino, junto ao BMG, no valor de dez milhões de reais.*

*O montante envolvido, por sua vez, adveio de recursos públicos desviados do Banco do Brasil no esquema da Visanet, mediante o emprego de nota fiscal fria emitida pela empresa DNA Propaganda (capítulo 5).*

*Os valores desviados, em típica operação de lavagem para ocultar a sua origem, serviu formalmente de garantia (CDB) de um empréstimo fictício contraído pela empresa Rogério Lanza Tolentino & Associados Ltda. junto ao BMG no valor de dez milhões de reais (Fato objeto da Ação Penal nº 420 em trâmite nessa Corte).”*  
(Alegações Finais do Ministério Público Federal – fls. 314).

Ora, para viabilizar a edição de decreto condenatório em crime de lavagem de dinheiro, faz-se necessária a formação de convencimento, absolutamente seguro, a respeito da existência do crime antecedente.

Ou seja, faz-se necessário prova material da ocorrência do crime antecedente - sobre o qual não recaia dúvida - para que se possa revelar a hipotética prática de lavagem de dinheiro.

Não bastam ilações, presunções e a alegação de existência de indícios da prática do crime antecedente. Ao se falar de

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

accessoriedade material, exige-se que o crime antecedente esteja materialmente provado, o que não ocorreu no caso concreto.

A doutrina está pacificada ao destacar a inviabilidade de decreto condenatório em casos que não há prova cabal da prática do delito antecedente:

**“Como o crime antecedente é um elemento essencial ou elementar do crime de lavagem de dinheiro, elemento integrante do tipo, obviamente que não há como se admitir apenas indícios de sua existência. Elementos indiciários sobre a existência material do fato delituoso antecedente é insuficiente para ensejar um juízo condenatório do autor do crime de lavagem.”**<sup>85</sup>

E mais, **“se entre o início da acusação embasada apenas em elementos indiciários e o desfecho do processo-crime com uma sentença condenatória não estiver suficientemente comprovada a existência do crime antecedente, há violação de garantias fundamentais do autor, porque fere o direito a um julgamento justo, em obediência ao devido processo legal e, por conseguinte, fere também o direito à liberdade. Para que haja a possibilidade de punição, mister se faz que reste com clareza, ante o contexto probatório, não só a existência do crime de lavagem e respectiva autoria, como, também, a certeza do crime antecedente, porque a incerteza deste torna incerta a existência de um dos elementos essenciais, de uma elementar do tipo.”**

In casu, os elementos obtidos na persecução penal demonstram que os empréstimos contraídos pelas empresas relacionadas a **Marcos Valério** – suposta origem dos valores - são absolutamente legítimos, registrados e consubstanciados em contratos celebrados entre as partes, o que não caracteriza qualquer crime antecedente.

Além disso, a hipotética prática de delito atinente aos pagamentos da Visanet não restou configurado na presente ação penal. Afinal, os valores pagos dizem respeito a serviços prestados pela agência de

<sup>85</sup> Cesar Antonio da Silva, *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 98.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

publicidade e lastreados em contratos e documentos legítimos, conforme foi arguido.

E mesmo que se demonstre tal vínculo entre os valores e o contrato da Visanet, é preciso ter olhos de ver que, na aparência, tal montante advinha de atividade legítima de publicidade.

Não bastasse a inexistência de prova material da ocorrência dos delitos antecedentes imputados na denúncia, também não há nexos de causalidade entre os valores (*objeto material*) e os hipotéticos crimes antecedentes.

Ora, o nexo entre o crime antecedente e os bens, objeto material da lavagem, submete-se à teoria da causalidade, em que *“todas as condições consideram-se causa do resultado, desde que imprescindíveis à sua produção.”*<sup>86</sup>

Sob a ótica da equivalência das condições (*conditio sine qua non* – artigo 13, do Código Penal), os bens serão considerados procedentes de um crime antecedente; se tal delito prévio for suprimido, os referidos bens desaparecerem *“en su concreta configuración o en su titularidad económica”*.<sup>87</sup>

Entretanto, se aludido exercício lógico for realizado no caso concreto, inexistirá qualquer alteração na hipótese de existência ou titularidade dos bens, o que demonstra ausência de relação de causalidade entre o objeto material e o hipotético crime antecedente.

Afinal, inexistirá qualquer prova cabal que os valores, de fato, advieram dos pagamentos efetuados pela Visanet, ou mesmo, dos empréstimos legítimos contraídos pelas empresas de Marcos Valério. E mais, nada impede que os valores possam ter sido originados de quaisquer outras atividades negociais das pessoas envolvidas.

<sup>86</sup> Miguel Reale Júnior, *Teoria Geral do Delito*, São Paulo, RT, 1998, p. 176.

<sup>87</sup> Isidoro Blaco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona, Arazandi, 1997, p. 267.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Diante do exposto, resta evidenciado que: **(i)** inexistente prova material da ocorrência dos crimes antecedentes citados na denúncia; **(ii)** não há relação de causalidade direta entre o objeto material e os crimes antecedentes referidos na imputação acusatória. Por essa razão, em razão da atipicidade da conduta, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, requer-se a absolvição dos **Acusados**.

Caso Vossas Excelências assim não entendam, em virtude da inexistência de provãs suficientes para condenação, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, requer-se a absolvição dos **Acusados**.

## IX.6.a - Da Impossibilidade da Organização Criminosa ser Considerada Delito Antecedente

Após constatar a inexistência de prova material da ocorrência dos delitos antecedentes relacionados à prática de crime contra a administração pública; e contra o sistema financeiro nacional, faz-se necessário desconstituir a hipótese de se considerar *organização criminosa* como uma expressão apta a figurar como conduta típica antecedente.

O artigo 1º, inciso VII, da Lei Federal nº 9.613/98 abriga lacuna legal ao caracterizar *organização criminosa* como possibilidade de crime antecedente.

Como se sabe, não obstante exista a previsão de formação de quadrilha ou bando (artigo 288, do Código Penal) e os dispositivos da lei especial quanto à matéria (Lei Federal nº 9.034/95 com as alterações da Lei Federal nº 10.217/01), tais disposições não suprem a necessidade do tipo legal, em virtude do princípio do *nullum crimen, nulla poena sine legge*.

Ora, o *crime* é elemento normativo da lavagem de dinheiro. E o conceito analítico de crime - *ação típica, antijurídica e culpável* - não se adequa a conduta *organização criminosa*, na medida em que não se está diante de ação típica.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Por essa razão, impossível imaginar que a expressão atípica *organização criminosa* possa vir a ser considerada apta a configurar delito antecedente.

Com relação à ausência de tipificação do conceito *organização criminosa*, destaca-se a crítica assertiva realizada por Alberto Silva Franco:

*“Mais uma vez o legislador penal, como tem sido uma constante nos últimos tempos, falhou no processo de criminalização, demonstrando total desconhecimento da matéria versada e da técnica de composição de figuras típicas. Antes de tudo porque não avaliou, com a devida clareza e a imprescindível profundidade, o fenômeno extremamente complexo do crime organizado e adotou uma forma simplista e, por isso mesmo, de nenhuma valia, no seu processo de tipificação. Depois porque a área de significado do conceito de crime organizado não se acomoda à idéia de ajuste ao quadro de tipos constantes da Parte Especial do Código Penal (...) Por fim, porque não se confundem a criminalidade organizada e a criminalidade de massa, esta mais adequável ao tipo da quadrilha ou bando do que aquela.”<sup>88</sup>*

Nesse sentido, cumpre reiterar o que já disse  
alhures:

*“Ao cabo dessa longa digressão em torno das leis em vigor, que circundam as organizações criminosas, é possível verificar que toda a problemática passa pela grave crise no campo da legalidade.*

*A falta de tipo legal põe os operadores do direito sob risco de padecerem com a arbitrariedade judicial, dada a perda da garantia da reserva legal (...).*

*E tal descuido quanto à legalidade, como fundamento do Estado Democrático de Direitos (art. 5º, XXXIV, da CF, c/c o*

<sup>88</sup> *Um difícil processo de tipificação*, Bol. IBCCRIM, 1251, ano 2, set/1994.

46868  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

art. 1º do CP), significa violar a própria regra da separação das três faces do poder estatal (...).<sup>89</sup>

Diante do exposto, inviável a punição da lavagem de dinheiro quando a conduta imputada como crime antecedente for o crime organizado, não só pela amplitude do tipo, mas também por não haver na legislação pátria a definição do que vem a ser crime organizado.

## IX.7 – Da Existência de Questão Prejudicial Homogênea no Caso Concreto – Ação Penal nº 420

Além da inexistência de prova cabal da ocorrência do crime antecedente, e da ausência de relação de causalidade com o objeto material, importante esclarecer que há relevante questão prejudicial homogênea que impede o julgamento da presente ação penal.

Não obstante a imprecisão da imputação feita aos **Acusados**, é possível depreender das alegações finais do Ministério Público Federal que os valores em questão teriam sido originados de um suposto crime antecedente consubstanciado em empréstimo realizado por Rogério Lanza Tolentino junto ao Banco BMG:

*“Os valores desviados, em típica operação de lavagem para ocultar a sua origem, serviu formalmente de garantia (CDB) de um empréstimo fictício contraído pela empresa Rogério Lanza Tolentino & Associados Ltda. junto ao BMG no valor de dez milhões de reais (Fato objeto da Ação Penal nº 420 em trâmite nessa Corte).”*  
(Alegações Finais do Ministério Público Federal – fls. 314).

Como se percebe, o próprio Ministério Público Federal asseverou que o crime antecedente que teria dado origem aos valores em questão encontra-se sub judice na “Ação Penal nº 420, em trâmite no Egrégio Supremo Tribunal Federal.”

Em pesquisa formulada junto aos Órgãos Públicos, foi possível aferir que aludida Ação Penal nº 420 apura as

<sup>89</sup> Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo, *Organização Criminosa: nova perspectiva do tipo legal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 114/115. 126

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

circunstâncias de empréstimo de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) contraído pela empresa Rogério Lanza Tolentino e Associados junto ao Banco BMG (Doc. 02) - fatos considerados crime antecedente da lavagem de dinheiro em apuração na presente ação penal.

Ainda, ressalta-se que, recentemente, foi declinada a competência do Egrégio Supremo Tribunal Federal em favor da 4ª Vara Criminal Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte, para processamento e julgamento da Ação Penal nº 420, a qual, por óbvio, encontra-se pendente de julgamento.

Ora, "**a comprovação da ocorrência do crime básico configura uma questão prejudicial do próprio mérito da ação penal em que se apura a prática do crime de lavagem.** Desse modo, ao fundamentar a sentença condenatória, o juiz tem o dever funcional de abordar essa questão, afirmando estar convencido da existência do crime antecedente, apontando as provas dos autos que o levam a formar essa convicção."<sup>90</sup>

É impossível negar a ocorrência de prejudicialidade entre o processo-crime, tocante ao delito antecedente (Ação Penal nº 420), e a presente persecução penal, voltada à apuração da lavagem de dinheiro.

Afinal, a questão prejudicial ostenta-se: "*antecedente lógico e necessário da prejudicada, cuja solução condiciona o teor do julgamento desta, trazendo ainda consigo a possibilidade de se constituir em objeto de processo autônomo.*"<sup>91</sup>

No caso concreto, está-se diante de clara hipótese de questão prejudicial homogênea, pois se trata de "*uma infração penal que é exigida como antecedente da existência da infração em julgamento, como acontece com o furto ou com o roubo para que possa existir a receptação, que exige a proveniência criminoso da coisa adquirida.*"<sup>92</sup>

<sup>90</sup> Marco Antonio de Barros, *Lavagem de capitais e obrigações civis correlata*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

<sup>91</sup> Antonio Scarance Fernandes, *Prejudicialidade – Conceito – Natureza jurídica – Espécies de Prejudiciais*, São Paulo, RT, 1988, p. 53.

<sup>92</sup> Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 172.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Na verdade, quando a apreciação judicial do crime antecedente e da lavagem de dinheiro ocorre em órgãos jurisdicionais distintos - como no caso em tela - o teor da sentença da ação penal que apura o delito antecedente é de extrema relevância para o processo de lavagem de dinheiro, na medida em que é impossível desprezar seu conteúdo, sob o aspecto material.

Desta forma, a sentença judicial absolutória que assente a inoccorrência do fato (artigo 386, inciso I, do Código de Processo Penal), a falta de prova da existência do fato (artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal) e a atipicidade da conduta (artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal) do crime antecedente, evidentemente, influencia a decisão judicial atinente ao crime posterior - lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, com a finalidade de: **(i)** impedir decisões antitéticas e conflitantes; **(ii)** evitar a criação de situações teratológicas em que os **Acusados** podem vir a ser condenados, em evidente contradição com eventual absolvição por atipicidade do crime antecedente; **(iii)** e não permitir o prejulgamento do delito antecedente, a doutrina se pacificou ao determinar a necessidade de suspensão da ação penal que apura o delito posterior (lavagem de dinheiro), até o julgamento do processo atinente ao crime anterior (delito antecedente):

**“Existindo processo penal autônomo em relação ao crime antecedente, deverá o juiz do processo por crime de lavagem aguardar o julgamento daquele, evitando-se o risco de proferimento de decisões contraditórias e até prejulgamento do delito antecedente, com prejuízo à defesa do acusado em relação a este último. No caso da sentença absolutória do imputado pelo crime antecedente estar fundada no art. 386 do CPP, incisos I (estar provada a inexistência do fato), II (não haver prova da existência do fato), III (não constituir o fato infração penal) e V, primeira parte (existir circunstância que exclua o crime, ou seja, uma das excludentes da ilicitude dos arts. 23, 24 e 25 do CP), ou tiver ocorrido abolitio criminis do delito antecedente, ou, ainda, anistia em relação ao seu autor, obviamente não poderá haver condenação por crime de lavagem, uma vez que, como**

4687J  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

**já dito, o crime antecedente integra o próprio tipo do art. 1º desta lei.**<sup>93</sup>

Diante do exposto, para se evitar a ocorrência de decisões conflitantes, com fundamento no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal; e artigo 92, do Código de Processo Penal, requer-se a suspensão do processo quanto ao delito de lavagem de dinheiro imputado aos **Acusados**, até o julgamento final da Ação Penal nº 420, em trâmite perante a 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Belo Horizonte - MG.

## **X - Da Acusação Quanto ao Crime de Formação de Quadrilha**

### X.1 - Breves Considerações sobre o Delito de Formação de Quadrilha

O Código Penal, em seu artigo 288, inserido no Título dedicado aos Crimes Contra a Paz Pública, tipifica o delito de quadrilha ou bando, assim descrito, no texto legal:

*“Art. 299. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:  
Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.”*

Segundo ensinamento de Nelson Hungria, a previsão de referido tipo incriminador tem como escopo garantir a harmonia e os sentimentos gerais de tranqüilidade e sossego sociais, que podem ser, evidentemente, abalados, caso seja verificada a existência de associação formada para o fim específico de violar os bens jurídicos dotados de dignidade penal. Assim, sintetizando o espectro de proteção da lei, aduz o Professor que se busca inibir:

*“(...) situação de alarma no seio da coletividade, isto é, a quebra do sentimento geral de tranqüilidade, de sossego, de paz, que corresponde à confiança na continuidade normal da ordem jurídico-social (...). Paz jurídica é a consciência da seguridade do direito, a confiança no poder protetor da ordem jurídica. Ele é ofendida, quando essa confiança é perturbada,*

<sup>93</sup> Roberto Delmanto, *Leis Penais Especiais Comentadas*, São Paulo, Editora Renovar, 2006, p. 567.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*embora transitoriamente, pelo receio de violências contrárias ao direito; é comprometida, quando se dá a possibilidade imediata de ser essa confiança perturbada*".<sup>94</sup>

Com relação aos indivíduos passíveis de submissão às sanções previstas no artigo 288, do Código Penal, tem-se que qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição especial, pode ser responsabilizada pela prática do crime. Assim, praticada a conduta vedada, circundada de todos os seus elementos típicos, objetivos e subjetivos, surgirá a possibilidade de exercício do *jus puniendi* estatal.<sup>95</sup>

Com relação aos elementos objetivo-descritivos do tipo penal<sup>96</sup>, relacionados às características externas do fato punível, é preciso ressaltar que o crime de formação de quadrilha ou bando somente será verificado, quando ficar comprovado:

- (i) Existir associação, composta por, no mínimo, quatro indivíduos;
- (ii) Gozar referida associação de estabilidade e permanência;
- (iii) Ter a associação sido criada, com o fim específico de cometer crimes diversos e indeterminados.

Ademais, analisando-se o elemento subjetivo da conduta vedada, há de se concluir somente serem passíveis de punição os agentes que disponham de conhecimentos sobre a existência de todos os elementos objetivo-descritivos do crime. Assim, segundo leciona Cezar Roberto Bitencourt:

*"Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de associar-se a outras pessoas com a finalidade de praticar crimes indeterminados, criando um vínculo associativo entre os participantes. É a vontade e a consciência dos diversos componentes de organizarem-se em*

<sup>94</sup> Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 164.

<sup>95</sup> Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 860: "Sujeito passivo: Qualquer pessoa. Trata-se de crime coletivo ou plurissubjetivo, que requer necessariamente o concurso de pelo menos quatro pessoas (crime de concurso necessário)".

<sup>96</sup> Aníbal Bruno, *Direito Penal. Parte geral*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967, p. 300.

46873  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*bando ou quadrilha, de forma permanente e duradoura, para a prática indiscriminada de crimes*".<sup>97</sup>

Exige-se, outrossim, para além do dolo genérico, que o agente atue com a especial finalidade de, associando-se, cometer crimes indeterminados (dolo específico), sob pena de que a conduta verificada não encontra perfeita subsunção àquela prevista no diploma repressivo<sup>98</sup>.

Por conseguinte, a configuração típica do crime de quadrilha ou bando, consoante entendimento de Cezar Roberto Bitencourt, compõe-se dos seguintes elementos:

- "a) concurso necessário de, pelo menos, quatro pessoas;*
  - b) finalidade específica dos agentes de cometer crimes indeterminados (ainda que acabem não cometendo nenhum);*
  - c) estabilidade e permanência da associação criminosa.*
- Em outros termos, a formação de quadrilha ou bando exige, para sua configuração, união estável e permanente de criminosos, voltada para a prática indeterminada de vários crimes, como já afirmamos alhures*".<sup>99</sup>

Diante disso, uma vez traçado um panorama básico dos elementos típicos (objetivos-descritivos e subjetivos) do crime previsto no artigo 288, do Código Penal, faz-se necessário demonstrar que, no presente caso, são atípicas as condutas imputadas aos **Acusados**, uma vez que:

**(i)** Eles jamais se associaram a quaisquer outros indivíduos, para a prática de pluralidade de crimes;

**(ii)** Eles jamais se associaram, intencionalmente (dolo - genérico e específico), a quaisquer outros indivíduos, com estabilidade e permanência, para a prática dos fatos narrados na acusação;

<sup>97</sup> Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal – Parte Especial* 4, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 251.

<sup>98</sup> José Henrique Pierangeli, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, V. 2, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 681: "*Presente, pois, está o elemento subjetivo do tipo consubstanciado na expressão para o fim de cometer delitos, que na doutrina tradicional chama-se dolo específico, isto é, a consideração de uma finalidade especial que orientou a conduta delitiva*".

<sup>99</sup> Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal – Parte Especial* 4, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 249.

46874  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

## X.2 - Da Inexistência de Pluralidade de Crimes Indeterminados, no Caso Concreto

Conforme anteriormente mencionado, requisito fundamental para a configuração do crime previsto no artigo 288, do Código Penal, está relacionado ao fato de que o agente deve integrar associação, que tenha como finalidade a prática de pluralidade de crimes indeterminados.

Fala-se, assim, que a atuação da quadrilha ou bando tem *finalidade indeterminada*, porquanto a união dos indivíduos, para que perfaça os requisitos legais do artigo supracitado, precisa ser feita para viabilizar a prática de delitos diversos, indeterminados. Segundo lições de Nelson Hungria, “à quadrilha ou bando pode ser dada a seguinte definição: reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes”.<sup>100</sup>

Nesse diapasão, o crime de quadrilha ou bando não pode ser confundido com o chamado concurso eventual de pessoas, previsto no artigo 29, do Código Penal, tal como ilustra Cezar Roberto Bitencourt:

*“Se a finalidade for a prática de crime determinado ou crimes da mesma espécie, a figura será a do concurso eventual de pessoas e não a formação da quadrilha ou bando (...). Na verdade, a estrutura central do núcleo desse crime reside na consciência e vontade de os agentes organizarem-se em bando ou quadrilha, com o fim especial - elemento sujeito especial do injusto - e imprescindível de praticar crimes variados (...). É indispensável que os componentes do bando ou quadrilha concertem previamente a específica prática de crimes indeterminados, como objetivo e fim do grupo (...). Na realidade, queremos demonstrar que é injustificável a confusão que rotineiramente se tem feito entre concurso eventual de pessoas (art. 29) e a associação criminosa (art. 288). Com efeito, não se pode confundir aquele - concurso de pessoas -, que é associação ocasional, eventual, temporária, para o cometimento de um ou mais crimes determinados, com*

<sup>100</sup> Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 21<sup>ed.</sup>, Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 177.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*esta – quadrilha ou bando -, que é uma associação (...) cuja finalidade é o cometimento indeterminado de crimes (...)*”.

Nesse mesmo sentido, cumpre sejam destacados alguns acórdãos, proferidos pelos nossos tribunais, que têm o entendimento de que somente se configura o delito insculpido no artigo 288, do Código Penal, em situações nas quais existe uma associação destinada a praticar crimes variados e indeterminados:

*(...) delito de quadrilha ou bando não se confunde com o concurso de agentes, pois, neste a associação é ocasional para cometimento de um ou mais crimes determinados, enquanto aquele é caracterizado pela associação para delinquir.* <sup>101</sup>

Diante disso, já é possível verificar ser atípica a conduta que o I. Procurador-Geral da República atribui aos **Acusados**, que teriam, imaginariamente, perpetrado o delito insculpido no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei Federal nº 9.613/98.

Isso porque, ao aduzir que **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado** teriam ingressado em associação, para a prática, tão somente, do crime de lavagem de dinheiro, o D. Ministério Público Federal acaba por esquecer-se da necessidade, primordial, de que, no crime de quadrilha ou bando, os agentes se unam com a finalidade de praticar crimes diversos, indeterminados – o que, por óbvio, não ocorreu no caso concreto.

Isso porque, os **Acusados** atuariam – alega-se, absurdamente - para promover o branqueamento de capitais oriundos de prática delitiva, jamais, para praticar crimes diversos.

Entretanto, caso Vossas Senhorias entendam que a configuração do crime previsto no artigo 288, do Código Penal, pode ocorrer, ainda que os agentes tenham praticado, por mais de uma vez, delitos idênticos, observar-se-á que, no presente caso, não é possível cogitar-se da prática de pluralidade de crimes de lavagem de dinheiro.

<sup>101</sup> Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Criminal nº 200204010067811, 7ª Turma, Des-Rel. Fábio Bittencourt da Rosa, DJ 26.02.2003. 133

46876  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Afinal, embora atípicas todas as condutas narradas pelo I. Procurador da República, ainda que seja desprezado o princípio da legalidade, é impossível concluir que foi descrita a prática do crime previsto no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/98, mais de uma vez.

Conforme já foi amplamente abordado, a prática do crime de lavagem de dinheiro pressupõe a ocorrência de três etapas (delito trifásico), bem definidas, quais sejam, a conversão dos valores (*placement*), a dissimulação ou ocultação de sua origem (*layering*), viabilizando o posterior ingresso do capital, já com aparência de licitude, na economia (*integration*).

Nesse contexto, para que se pudesse falar na pluralidade de crimes de lavagem de dinheiro, circunstância sem a qual está afastada a tipicidade do crime previsto no artigo 288, do Código Penal, seria necessário que houvesse mais de uma etapa de conversão, mais de uma etapa de dissimulação ou ocultação e mais de uma etapa de reinserção dos valores na economia.

Em outras palavras, o fato de terem sido verificados diversos saques e transferências – que se entendiam lícitos – não é razão suficiente para que se presuma praticado, diversas vezes, o delito previsto no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/98.

Na verdade, a realização de diversas transferências, nada mais quer dizer que a suposta dissimulação dos valores na economia – caso se considerem típicas as condutas –, segunda fase de um único crime de lavagem de dinheiro, ocorreu de maneira fracionada.

Conforme ensinamentos de Marco Antonio de Barros, a conversão, primeira etapa do crime trifásico de lavagem de dinheiro, “consiste na ocultação ou escamoteação dos ativos ilícitos. Busca-se o distanciamento dos bens, direitos ou valores provenientes do crime antecedente”.<sup>102</sup>

Analisando-se os autos da presente ação penal, a considerarem-se típicas as condutas atribuídas aos **Acusados**, a primeira fase do

<sup>102</sup> Marco Antonio de Barros, *Noções Jurídicas Básicas dos Crimes de Lavagem*, 2ª ed., atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 47.

46877  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

delito de lavagem de dinheiro ocorreu uma única vez, quando, após obter recursos de origem, supostamente, ilícitas, mediante contrato firmado com a Visanet, Marcos Valério buscou meios de afastá-los dos crimes hipoteticamente antecedentes, por meio de contrato de empréstimo com o BMG e Banco Rural.

Desse modo, é possível concluir ter ocorrido, tão somente, um fato que pode ser considerado conversão, para fins de análise da prática do crime de lavagem de dinheiro. Afinal, todos os recursos supostamente ilícitos tiveram origem única, qual seja, os contratos de publicidade firmados entre as empresas de publicidade de Marcos Valério e a Visanet.

Nesse contexto, é óbvia a conclusão de que somente teria sido praticado um único crime de lavagem de dinheiro, porquanto, inquestionavelmente, teria ocorrido apenas uma suposta operação de conversão de valores, hipoteticamente, ilícitos.

A bem da verdade, todas as demais operações – caso se entenda que foram feitas ao arpejo das determinações legais –, consistiriam em dissimulações do mesmo processo (único crime) de lavagem de dinheiro. Tal circunstância fica ainda mais evidente, quando é analisada a conceituação que Marcelo Mendroni dá à segunda etapa do *iter criminis*:

*“Nesta segunda etapa, o agente desassocia o dinheiro de sua origem – passando-o por uma série de transações, conversões e movimentações diversas. Tanto mais eficiente a lavagem quanto mais o agente afastar o dinheiro de sua origem. Quanto mais operações, tanto mais difícil a sua conexão coma ilegalidade e tanto mais difícil a sua prova.*

*Uma vez que o dinheiro foi colocado, faz-se necessário efetuar diversas operações complexas, tanto nacional como internacionalmente, visando dificultar o rastreamento contábil do mesmo”.*<sup>103</sup>

Assim, tem-se que a partir de uma conversão inicial, relacionada a valores de origem única, supostamente ilícita, foi realizada uma pluralidade de operações, que seriam inerentes à prática do crime previsto

<sup>103</sup> Marcelo Batlouni Mendroni, *Crime de Lavagem de Dinheiro*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 60.

46878  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/98, e que não induzem à conclusão de que houve a prática de pluralidade de delitos.

Destarte, tem-se que somente seria possível falar-se na pluralidade de crimes de lavagem de dinheiro, caso houvesse pluralidade de condutas que se enquadrassem no conceito de conversão, de dissimulação e de reintegração, etapas essenciais para o cometimento do delito trifásico.

Por conseguinte, ainda que sejam acolhidos, integralmente, os absurdos alegados pelo I. Procurador-Geral da República, torna-se descabido falar-se na pluralidade de delitos previstos no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/98, eis que, para tanto, seria imprescindível que tivesse ficado demonstrada a ocorrência, diversas vezes, de cada uma das fases do processo de lavagem de dinheiro, ou seja, a conversão, a dissimulação e a integração.

Assim, considerando-se – hipoteticamente – que houve um único delito de lavagem de dinheiro, torna-se impossível falar-se na prática do crime previsto no artigo 288, do Código Penal, que não se perfaz sem que a suposta associação seja destinada à prática de crimes – no plural –, tal como entendem os tribunais nacionais:

*“(...) a quadrilha – delito permanente, cuja consumação, por isso, se prolonga no tempo – continuava unida e ativa até a data do oferecimento da denúncia, afirmando a existência do vínculo associativo para a prática de diversos crimes (...)”.*<sup>104</sup>

*“No crime de quadrilha há associação de pessoas para a prática de crimes. Constitui infração permanente, crime autônomo, que independe dos crimes que vieram a ser cometidos pelo bando, conforme a exata exegese do art. 288 do CP.”.*<sup>105</sup>

*“Deve ser formada para cometer crimes, e não um só crime”.*<sup>106</sup>

<sup>104</sup> Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 86860, 1ª Turma, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, j. 24.10.2006.

<sup>105</sup> Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus*, Min. Rel. Rafael Mayer, RTJ 116/514.

<sup>106</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, RTJSP 178/304-5; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Aps. 5616 e 28400, DJU 7.12.94, p. 71870; Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, RT 725/651.

46879  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Diante do exposto, por mais esse motivo, torna-se inviável falar-se na prática do crime de quadrilha, porquanto, caso seja considerado típico o comportamento dos **Acusados**, no que se relaciona ao crime previsto no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/98, força é convir que somente foi praticado um delito de lavagem de capitais, afastando-se a possibilidade de aplicação do delito previsto no artigo 288, do Código Penal, em virtude da atipicidade da conduta verificada:

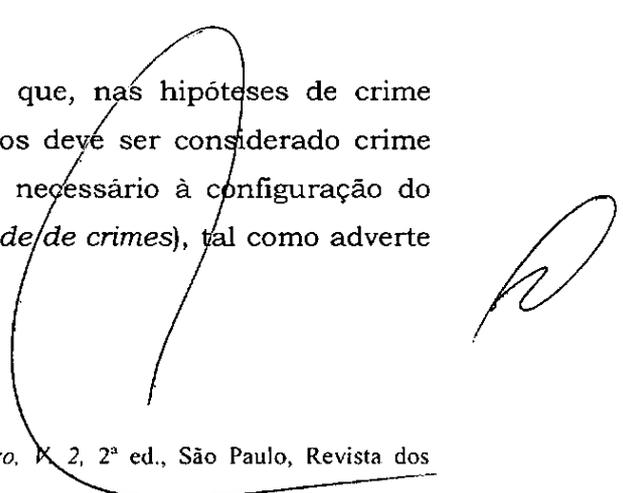
*“O fim da associação é a prática de delitos, não um delito determinado (...). deverá ter por objetivo o cometimento de delitos, mas o plano elaborado para o desempenho dessa atividade não pode ficar restrito a um determinado número de fatos previsto especificamente, porque o que tipifica a associação delitiva é exatamente o perigo criado pela publicidade do crime (...)”.*<sup>107</sup>

Por fim, caso Vossas Excelências acolham a absurda tese apresentada pelo I. Procurador-Geral da República, segundo o qual os **Acusados** teriam praticado o crime de lavagem de dinheiro, por onze vezes, em continuidade delitiva, ainda assim, é impossível falar-se na existência do delito previsto no artigo 288, do Código Penal, em virtude da inexistência de associação criada com o fim de praticar crimes.

Isso porque, segundo entendimento da doutrina, o instituto da continuidade delitiva, delineado no artigo 71, do nosso código repressivo, ao ser aplicado, confere caráter de unicidade às condutas que, “*pelos condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes*” devem ser tratadas como um todo, indecomponível.

Assim, entende-se que, nas hipóteses de crime continuado, o conjunto de comportamentos ilícitos deve ser considerado crime único, inexistindo, portanto, o elemento objetivo necessário à configuração do crime de quadrilha ou bando (*prática de pluralidade de crimes*), tal como adverte Cezar Roberto Bitencourt:

<sup>107</sup> José Henrique Pierangeli, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, v. 2, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 679.



# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*“Ocorre o crime continuado quando o agente, mediante mais de uma conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, devendo os subseqüentes, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, ser havidos como continuação do primeiro. São diversas as ações, cada uma em si mesma criminosa, que a **lei considera, por motivos de política criminal, como um crime único**”.* <sup>108</sup>

Nesse mesmo sentido, o ilustre Basileu Garcia assevera que os fatos considerados em continuidade delitiva, pela própria natureza jurídica do instituto previsto no artigo 71, do Código Penal, *“constituem efetivamente um só fato delituoso, não apenas pela semelhança de suas condições materiais, mas porque se subordinam ao mesmo elemento jurídico”*. <sup>109</sup>

Destarte, é necessário considerar que, quando verificada a aplicação do instituto da continuidade delitiva, embora, *prima facie*, pareça existir uma pluralidade delitiva, está-se diante de uma unidade delitiva. Assim, aduz Anibal Bruno que *“o crime é um só e o que lhe atribui o indiscutível caráter unitário é, junto ao vínculo material que prende a sua realização objetiva, a unidade do elemento psíquico”*. <sup>110</sup>

Consoante alhures afirmado, referido entendimento é massivamente apoiado pelos doutrinadores pátrios e, também, pelos juristas estrangeiros, tal como se observa nos excertos abaixo transcritos, extraídos de obras de Nelson Hungria, Celso Delmanto e Miguel Reale Júnior:

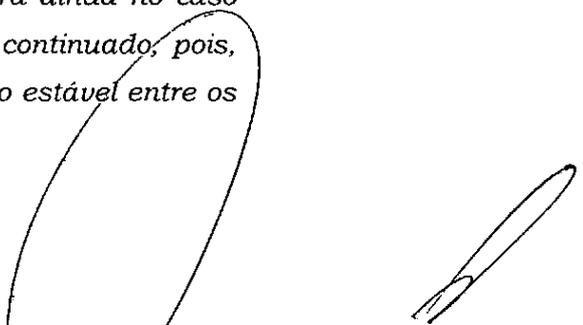
*“Não é de confundir-se uma coisa com outra ainda no caso em que a co-participação ocorra em crime continuado, pois, mesmo em tal hipótese, inexistente organização estável entre os co-autores”*. <sup>111</sup>

<sup>108</sup> Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal – Parte Geral I*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 681.

<sup>109</sup> Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo II*, 5ª ed., São Paulo, 1980, p. 589.

<sup>110</sup> Anibal Bruno, *Direito Penal – Parte Geral. Tomo II*, 2ª ed., Rio de Janeiro, p. 300.

<sup>111</sup> Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 21ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 178.



# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

“Quanto à possibilidade da caracterização do crime de quadrilha para a prática de um único crime continuado (...) a associação não se coaduna com a unidade individuada do crime a praticar (...). Ademais, não se podendo admitir contradição lógica no Direito, é inviável considerar o crime continuado como crime único para efeito de aplicação da pena (CP, art. 71) e, ao mesmo tempo, não o considerar como tal para efeito deste art. 288, que exige a intenção de praticar crimes (no plural)”. <sup>112</sup>

“Como se vê, a concepção de que o fundamento do crime continuado reside no reconhecimento de uma unidade real liga-se, obrigatoriamente, à teoria objetivo-subjetiva, com ênfase ao aspecto subjetivo, consistente na caracterização da unidade a partir do dado psicológico, de um plano, de um dolo conjunto ou total, englobante do rol das ações delitivas. A unidade, reconhecida na realidade, deriva, destarte, da unidade de resolução (...)”. <sup>113</sup>

Tal posicionamento encontra eco em diversos acórdãos, proferidos pelos nossos Tribunais pátrios, segundo os quais “não se tipifica a quadrilha se o crime praticado era continuado, pois falta a pluralidade de crimes e estabilidade”. <sup>114</sup>

Desse modo, partindo-se do pressuposto de que a aplicação do instituto previsto no artigo 71, do Código Penal, tal como pretende o D. Ministério Público Federal, “(...) dá ao crime continuado o caráter unitário, uma vez que as ações se apresentam à consciência do agente como um fato único” <sup>115</sup>, tem-se atípica a conduta dos **Acusados**, no atinente ao crime de quadrilha ou bando, tendo em vista que, jamais, eles integraram associação criada para a prática de pluralidade de delitos.

<sup>112</sup> Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 823.

<sup>113</sup> Miguel Reale Júnior, *Instituições de Direito Penal*, 3ª cd., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 437.

<sup>114</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, RTJSP 86/422; TACrSP, RT 533/362.

<sup>115</sup> Gian Domenico Pisapia, *Intituzioni di Diritto Penale*, Pádua, 1965, p. 234.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Diante do exposto, resta evidenciado que, qualquer que seja o entendimento firmado por Vossas Excelências, não é possível falar-se na prática do crime previsto no artigo 288, do Código Penal, que veda a associação de indivíduos, para a prática de pluralidade de crimes diversos, fazendo-se necessária a absolvição de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo penal, tendo em vista que:

(i) imputar-se aos **Acusados**, tão somente, a prática do crime de lavagem de dinheiro – ainda que por diversas vezes – impossibilita seja-lhes proferido decreto condenatório, com relação ao crime previsto no artigo 288, do Código Penal, pois a suposta associação – caso existisse – teria como escopo a prática de crimes determinados, circunstância que não se amolda ao delito de quadrilha ou bando, no qual é “*imprescindível de praticar crimes variados*”;

(ii) se considerarem Vossas Excelências – o que não se crê -, ter ocorrido o delito de quadrilha ou bando, quando a associação for destinada à prática de crime determinado – que jamais ocorreu -, força é convir que, no presente caso, somente teria ocorrido um único crime de lavagem de dinheiro, devendo, portanto, ser considerada atípica a conduta, eis que o artigo 288, do Código Penal, veda a associação de indivíduos, destinada à prática de mais de um crime;

(iii) ainda, desconsiderando-se esses argumentos, se, porventura, essa Egrégia Corte entender plausível o absurdo pedido formulado pelo I. Procurador-Geral da República, faz-se mister observar que o instituto da continuidade delitiva dá caráter de unidade à pluralidade de ações típicas (crime único), inexistindo, então, associação dedicada à prática de crimes, em razão do que não existe subsunção de qualquer conduta dos **Acusados**, ao disposto no artigo 288, do Código Penal.

Por fim, subsidiariamente, caso Vossas Excelências entendam serem típicas as condutas atribuídas a **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, faz-se mister ponderar que inexistem quaisquer provas de que eles teriam concorrido para a infração penal, sendo necessário, portanto, a prolação de decreto absolutório, com fundamento no artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

## X.3 – Da Inexistência de *Animus* Associativo e Não Configuração do Elemento Subjetivo do Tipo Penal

Com relação ao elemento subjetivo, o Código Penal estatui que, em regra, somente serão puníveis as condutas quanto o agente atuar intencionalmente, buscando o resultado, ou assumindo o risco de produzi-lo, conforme determina o seu artigo 18, parágrafo único:

*“Salvo os casos expressos em lei, ninguém poderá ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.*

No caso do crime de quadrilha ou bando, inexistente qualquer previsão, com base na qual possa ser afastada a regra geral. Assim, entende-se que o crime previsto no artigo 288, do Código Penal, somente se caracteriza, caso fique demonstrado que, de forma intencional - ou seja, dolosa -, mais de três indivíduos associaram-se, para o fim específico de cometer crimes.

Segundo os ensinamentos de Nelson Hungria, é pacífico o entendimento de que serão atípicas as condutas em que não estiver presente a vontade livre do agente, de integrar associação, cujo escopo de atuação vise à prática de pluralidade de crimes, conforma abaixo se infere:

*“Elemento subjetivo do crime é a vontade consciente e livre de associar-se (ou participar de associação já existente) com o fim de cometer crimes (dolo específico)”.*<sup>116</sup>

Importante frisar que, para além do dolo genérico, é imprescindível, para a subsunção de comportamento, à vedação prevista no artigo 288, do Código Penal, que os agentes, quando da associação, busquem, especificamente, integrar grupo que atue com o fim precípua de cometer crimes. Destarte, fala-se na exigência da verificação do elemento subjetivo especial do tipo, sem o qual não se perfaz o delito, tal como advertem Celso Delmanto e Luiz Régis Prado:

<sup>116</sup> Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 21<sup>ed.</sup>, Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 179.

46884  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*“Tipo subjetivo: O dolo (de perigo) de associar-se em quadrilha ou bando, acrescido do elemento subjetivo do tipo referido pelo especial fim de agir (para o fim de cometer crimes). Na doutrina tradicional é o dolo específico”.<sup>117</sup>*

*“Tipo subjetivo: o dolo e o elemento subjetivo do tipo referente ao especial fim de cometer crimes”.<sup>118</sup>*

No caso concreto, analisando-se todo o arcabouço probatório acostado aos autos da ação penal, é fácil concluir que nunca foi praticado o crime de quadrilha ou bando, também, porquanto os **Acusados** jamais pretenderam associar-se a terceiros, com a finalidade de cometer crimes.

Entretanto, equivocadamente, como que a desprezar a necessidade de observância do princípio da verdade real, o I. Procurador-Geral da República, em suas alegações finais, aduziu, absurdamente, que “*Breno Fischberg, Enivaldo Quadrado e Carlos Alberto Quaglia associaram-se de modo permanente, habitual e organizado à quadrilha originariamente integrada por José Janene, Pedro Corrêa, Pedro Henry e João Cláudio Genú (...)*” (alegações finais – fls. 313).

Ora, conforme demonstraram os interrogatórios feitos no início, de **Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado**, nenhuma conduta típica foi por eles praticada. Isso porque, os **Acusados** nada mais faziam do que exercer, com estrita observância aos deveres que lhes eram impostos, atividade empresarial, junto à **Corretora Bônus Banval**, de que eram sócios.

Em nenhum momento os **Acusados** puderam tomar conhecimento de que os valores que circulavam pela conta bancária da cliente **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.** tinham origem ilícita, tampouco que a **Corretora Bônus Banval** poderia ser utilizada para promover o branqueamento dos capitais, eis que a movimentação era, integralmente, feita sob ordens expressas de **Carlos Alberto Quaglia**.

<sup>117</sup> Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 823

<sup>118</sup> Luiz Régis Prado, *Comentários ao Código Penal*, *Revista dos Tribunais*, 2020, p. 905.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Tanto é assim que, para cada movimentação financeira, existe a respectiva autorização, por ele assinada, todas elas acostadas aos autos do inquérito policial, porém, desprezadas pelo I. Procurador-Geral da República, que ofereceu denúncia por fatos, manifestamente, atípicos:

*“JUÍZA: Mas aqui no caso foi a Natimar que operou com a Bônus, como foi o negócio?”*

*INTERROGANDO: Para a corretora, foi a Natimar que depositou (...). Recebeu depósitos da Natimar como ela vinha fazendo... Sempre fez durante todo o período que ela operou conosco como cliente, nada de diferente, ela depois avisou a área financeira que estaria depositando recursos para poder operar nos mercados. Ela operou (...) Mas para a Bônus esses valores entraram como se fossem créditos da cliente Natimar e esses recursos foram utilizados nos mercados na compra e venda dos ativos financeiros realizados no pregão da bolsa mercantil de futuros (...). Nós nunca escondemos nada. Nunca houve por parte da Bônus Banval nenhum interesse em omitir qualquer informação. Até porque é impossível omitir uma informação, já que o Banco Central restreia todos os valores (...).*

*INTERROGANDO: Excelência, é importante isso porque para nós os depósitos eles são comunicados por telefone como é de praxe o cliente nos liga e informa que vai estar depositando o valor, aquele valor estimado, estipulado naquele dia na nossa conta. Esses valores foram informados pela Natimar que haveria os depósitos, foram feitos depósitos naturalmente (...).”*

(Interrogatório Judicial: Breno Fischberg - fls. 16573/16589)

*“JUÍZA: A Bônus Banval e a Natimar elas negociavam normalmente?”*

*INTERROGANDO: Não, a Bônus só era intermediária, representante junto à Bolsa. Quem opera, na verdade, é o próprio cliente. A Bônus só é o... Como é que se diz? A*

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*empresa que aceita as ordens do cliente para a Bônus, só a corretora (...). O dinheiro entrou na corretora, eu não sabia de onde vinha, entrou nas contas da Natimar”.*

(Interrogatório Judicial: Enivaldo Quadrado - fls. 16672/16693)

Na verdade, conforme se depreende dos depoimentos prestados, todas essas operações foram absolutamente legítimas, registradas, contabilizadas, transparentes e sempre estiveram à disposição dos órgãos públicos fiscalizadores, o que, por si só, inviabiliza a caracterização do tipo penal, insculpido no artigo 288, do Código Penal.

Ainda, cumpre ressaltar que as relações existentes entre os **Acusados** e **José Janene** tinham como origem o fato de que Michelle Janene, filha do então Deputado Federal, passou a trabalhar como estagiária na **Corretora Bônus Banval**, após ter sido aprovada em processo de seleção realizado, conforme demonstram os interrogatórios abaixo transcritos:

*“INTERROGANDO: A filha do Deputado José Janene fez estágio na nossa empresa e eles são de fora de São Paulo, são do Paraná e quando ele vinha a São Paulo, algumas vezes ele esteve no meu escritório para visitar a filha e eu acabei o conhecendo de passagem o meu escritório (...).*

*Na verdade, a gente estava num relacionamento de compra e venda da corretora, eu achei até que ele quisesse me impressionar com esses valores. Então, não ponderei, não desconfiei de nada (...).”*

(Interrogatório Judicial: Breno Fischberg - fls. 16573/16589)

*“INTERROGANDO: Voltar um pouquinho. No finalzinho de 2003, uma seleção de estagiários, nós contratamos.. Eu contratei a filha do Deputado José Janene, Michelle Janene. E ele passou a freqüentar as dependências da corretora visitando a filha que estava morando aqui em São Paulo sozinha. E numa conversa, num bate-papo, eu comentei*

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*algumas dificuldades que a gente vinha sofrendo, e ele me apresentou o Marcos Valério como possível comprador da corretora. Nós tínhamos interesse em vender para sanear vários problemas e me apresentou o Marcos Valério”.*

(Interrogatório Judicial: Enivaldo Quadrado – fls.16672/16693)

*“(...) Acusado: A Bônus Banval é... bom, era uma corretora em que a minha filha fazia um estágio (...)”.*

(Interrogatório Judicial: José Janene – fls. 16076/16102)

*“(...) BÔNUS BANVAL; QUE sabe que a filha do Deputado José Janene fazia estágio naquela empresa; QUE às vezes, acompanhava o Deputado JOSÉ JANENE a São Paulo para o mesmo fazer exames médicos, pois o Deputado sofre de problemas cardíacos e necessitava de acompanhante; QUE quando iam a São Paulo, o Deputado visitava sua filha na empresa BÔNUS BANVAL (...)”.*

(Interrogatório Judicial: João Ganú – fls. 15562/15569)

*“TESTEMUNHA: Fiquei sabendo através da Michelle, por trabalharmos junto, a gente tinha amizade, a gente aça sabendo quem é o pai”.*

(Testemunha de Defesa: Ubirajara dos Santos Macieira (fls. 29439/29449)

*“MPF: A senhora conhece Michelle Janene?*

*TESTEMUNHA: Conheço.*

*MPF: Em que circunstâncias, em que contexto?*

*TESTEMUNHA: Ela trabalhou com a gente na mesa, era uma ponta... A gente chama de ponta de mesa (...) trabalhou (...) talvez uns seis, sete meses (...)”.*

(Testemunha de Defesa: Fabiana Rodrigues Calzado – fls. 29450/29458)

46888  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Destarte, é impossível falar-se na existência de *animus* associativo, existente entre os **Acusados** e os corréus, **José Janene** e **João Cláudio Geni**, porquanto eles jamais tiveram como objetivo praticar crimes. A bem da verdade, todos os encontros por eles realizados tiveram, como pano de fundo, o fato de que a filha do então Deputado Federal trabalhava como estagiária na **Corretora Bônus Banval**, evidenciando-se, assim, a inexistência de quaisquer intenção relacionada à união delitiva.

Ademais, partindo-se da premissa que os **Acusados** jamais atuaram com a intenção de integrar associação devotada à prática de crimes, é curial, para rechaçar quaisquer dúvidas sobre a atipicidade da conduta descrita pelo D. Ministério Público Federal, destacar que os supostos integrantes da quadrilha (José Janene, Pedro Correa, Pedro Henry, Carlos Alberto Quaglia, **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**) sequer se conheciam, tampouco sabiam da existência dos demais.

Desse modo, conforme atestam os interrogatórios de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, dentre os indivíduos que, com eles, atuariam em concurso, somente lhes eram conhecidos, muito superficialmente, o ex-Deputado Federal **José Janene** e seu assessor, **João Cláudio Genú**, em virtude das atividades desempenhadas por Michelle Janene; e **Carlos Alberto Quaglia**, proprietário da empresa Natimar Negociações e Intermediações Ltda., à época, cliente da **Corretora Bônus Banval**:

*"INTERROGANDO: Com relação a esse... O meu único contato foi co o José Janene, pouco contato. Com Pedro Correa, Pedro Henry e João Carlos Genu, pouquíssimo, nenhum, Pedro Correa e Pedro Henry nem conhecia. Ganu conhecia porque acompanhava sempre o deputado nas visitas".*

(Interrogatório Judicial: Enivaldo Quadrado  
fls.16672/16693)

*"JUÍZA: Bom, basicamente consta aqui que o senhor juntamente com os senhores José Janene, Pedro Correa, Pedro Henry, João Genu, Enivaldo Quadrado e Carlos Alberto Quaglia montaram uma estrutura criminosa voltada para a*

46889  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*prática dos crimes (...). É verdadeira esta acusação?*

*INTERROGANDO: Não senhora (...).*

*JUÍZA: (...) empresa Natimar que tem como sócio Carlos Alberto Quaglia. O senhor conhece essa empresa, o senhor conhece o Sr. Calos Alberto Quaglia?*

*INTERROGANDO: Eu não conheço o Sr. Carlos Alberto, mas conheço a Natimar, a empresa que era nossa cliente desde 2002.*

*MPF: Excelência, o senhor Breno conhece os senhores Pedro Correa e o Deputado Pedro Henry?*

*INTERROGANDO: Não, senhora.*

(Interrogatório Judicial: Breno Fischberg - fls. 16573/16589)

Destarte, tem-se que os **Acusados** nem mesmo sabiam da existência e da identidade dos supostos integrantes da associação delitiva, da qual eles, imaginariamente, faziam parte, o que, por óbvio, torna descabida qualquer conclusão alusiva à existência de intenção para a prática da conduta vedada pelo artigo 288, do Código Penal.

Afinal, se não conheciam os agentes, tampouco deles tinham ouvido falar, não poderiam **Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado** ter com eles firmado acordo de vontades, com o escopo de praticar crimes indeterminados: inexistem, portanto, o elemento subjetivo do tipo penal, consubstanciado no dolo genérico e no especial fim de agir.

Ainda, cumpre frisar que nos interrogatórios judiciais de **Pedro Henry, Pedro Correa e Carlos Alberto Quaglia** evidenciou-se que não poderia haver vontade mútua dos acusados, para comporem associação destinada à atuação criminosa, tendo em vista que eles não conheciam **Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado**, assim como os demais indivíduos aos quais, indevidamente, o D. Ministério Público Federal atribuiu a prática do crime previsto no artigo 288, do Código Penal:

*"(...) QUE não conhece as empresa BÔNUS BANVAL e NATIMAR (...); QUE não conhece os donos da BÔNUS BANVAL (...); QUE também não sabe a quem pertence as*

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

empresas BÔNUS BANVAL e NATIMAR”.

(Interrogatório Judicial: Pedro Henry – fls. 14345/14349)

“(…) que nunca teve nenhum negócio com a BONUS BANVAL e NATIMAR; que não conhece seus donos; que o Partido Progressista nunca realizou negócios com essas duas empresas; que não conhece ENIVALDO QUADRADO, BRENO FISCHBER, nem CARLOS ALBERTO QUAGLIA; que nunca teve conversas telefônicas com essas pessoas (...); que nunca tinha ouvido falar da corretora BONUS BANVAL antes desse processo (...)”.

(Interrogatório Judicial: Pedro Corrêa – fls. 14516/14522)

“(J): O senhor conhece o Sr. José Janene?”

(R): Não, só de nome, depois de tudo isto, depois deste assunto, mas não conheço não.

(J): O Sr. Pedro Corrêa?

(R): Não.

(J): O Sr. Pedro Henry?

(R): Não.

(J): O Sr. João Cláudio Genú?

(R): Não.

(J): Não conhece nenhum deles pessoalmente?

(R): Não”.

(Interrogatório Judicial: Carlos Alberto Quaglia – fls. 15176/15182)

Por conseguinte, comprovou-se que os **Acusados** jamais tiveram a intenção de integrar associação de pessoas dedicada à prática delitiva, eis que, no caso concreto, **(i)** não tinham qualquer ingerência sobre os recursos que transitavam pela subconta da Natimar Negociações e Intermediações Ltda., junto à **Corretora Bônus Banval**; **(ii)** acreditaram que fossem todos os valores oriundos de atividades lícitas; **(iii)** e, ainda, sequer se conheciam ou sabiam da existência dos demais (“*devem saber sobre a existência*”).

46891  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

dos demais<sup>119</sup>), indivíduos, que, imaginariamente, aduz o D. Ministério Público, estariam atuando em concurso necessário.

Não é demais lembrar que os **Acusados** notificaram a **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, tão logo, noticiaram que ela houvesse praticado algum comportamento duvidoso. Ademais, diversas notificações foram enviadas a todos os beneficiários das transferências, por intermédio das quais foram feitos questionamentos sobre os negócios jurídicos que derem causa aos depósitos (Ápenso 50).

Diante disso, evidenciada a atipicidade da conduta atribuída a **Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado**, que, do ponto de vista do elemento subjetivo do tipo, não guarda consonância com o disposto no artigo 288, do Código Penal, faz-se mister seja proferido decreto absolutório, em favor dos **Acusados**, com supedâneo no disposto no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Por fim, subsidiariamente, caso Vossas Excelências entendam serem típicas as condutas atribuídas a **Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado**, faz-se mister ponderar que inexistem quaisquer provas de que eles teriam concorrido para a infração penal, sendo necessário, portanto, a prolação de decreto absolutório, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

## X.4 – Da Ausência de Estabilidade e Permanência – Elemento Essencial do Delito

Levando-se em consideração os argumentos acima expendidos, força é convir que já não há quaisquer possibilidades de que se cogite ter sido praticado o crime previsto no artigo 288, do Código Penal. Somam-se a eles, contudo, tendo em vista inexistir, comprovadamente, dolo, por parte dos **Acusados**, o fato de não ser possível falar-se na presença de estabilidade e permanência, na suposta associação criminosa, elementos típicos essenciais à configuração do crime de quadrilha ou bando.

Isso porque, se os **Acusados** jamais pretenderam atuar conjuntamente, para quaisquer que fossem as finalidades, lícitas ou não,

<sup>119</sup> Luiz Régis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. 3, 6ª ed.*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 189.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

tampouco se conheciam, é evidente que nunca podem ter se unido, intencionalmente, de maneira estável e permanente.

Segundo ensinamentos de Nelson Hungria, a presença dos requisitos da estabilidade ou da permanência da associação delitiva pressupõe a existência de uma aliança, de um acordo de vontades, de uma atuação consciente e intencional dos indivíduos, para a prática do comportamento previsto no tipo penal incriminador. Característica fundamental seria a sua durabilidade.

Assim, para a configuração do crime de formação de quadrilha, faz-se mister a existência de uma intencionalidade mútua dos agentes, que se concretiza em acordo de vontades, em uma aliança, por intermédio do qual busquem os agentes unirem-se, de forma estável ou permanente, especificamente, para a prática delitiva:

*“Associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se estável ou permanentemente, para a consecução de um fim comum. À quadrilha ou bando pode ser dada a seguinte definição: reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes. A nota de estabilidade ou permanência da aliança é essencial (...) é preciso que o acordo de vontades verse sobre uma duradoura atuação em comum (...)”.*<sup>120</sup>

No mesmo sentido, são os ensinamentos de Luiz Régis Prado, para o qual a existência de estabilidade ou de permanência, no âmbito de uma associação delitiva, derivam da forma como é realizado o pacto de vontade entre os seus integrantes, que ajustam atuar de maneira duradoura, conforme abaixo se verifica:

*“Entende-se, então, por quadrilha ou bando a reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes”.*<sup>121</sup>

<sup>120</sup> Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 177.

<sup>121</sup> Luiz Régis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Vol. 3, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 189.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Também assim assevera Cezar Roberto Bitencourt, segundo o qual, no acordo de vontades, necessário para a configuração do crime previsto no artigo 288, do Código Penal, exige-se a necessidade de característica especial, qual seja, que os agentes, ao aderirem ao intento criminoso, tenham a intencionalidade de que a associação perdure no tempo, de forma estável:

*“Estabilidade e permanência são duas características, próprias e identificadoras da formação de quadrilha ou bando (...) não basta para o crime em apreço um simples ajuste de vontades. Embora seja indispensável, não é suficiente para caracterizá-lo. É necessária, além desse requisito, a característica da estabilidade”.*<sup>122</sup>

Desse modo, partindo-se do pressuposto de que as características da estabilidade e de permanência defluem do acordo de vontades firmado pelos agentes da prática delitiva, tem-se que, comprovada a inexistência de comportamento intencional, direcionado ao desrespeito ao preceito incriminador, resta impossibilitada a prática do crime previsto no artigo 288, do Código Penal.

Assim, cumpre seja observado o posicionamento firmado pelos tribunais pátrios, segundo os quais sem permanência ou estabilidade, que defluem dos moldes do acordo de vontades existente entre os indivíduos, e, portanto, dele dependem, há de se declarar atípicas as condutas em que não restar comprovado terem os indivíduos agido intencionalmente, tal como ocorre no caso concreto:

*“EMENTA. AÇÃO PENAL. Crime de quadrilha ou bando. Delito formal contra a paz pública. Circunstâncias elementares do tipo. Concurso de, pelo menos, quatro pessoas, finalidade específica dos agentes e estabilidade do consórcio”.*<sup>123</sup>

<sup>122</sup> Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal – Parte Especial* 4, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 248.

<sup>123</sup> Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 889781, 2ª Turma, Min. Rel. Cezar Peluso, j. 04.09.2007.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*“RECURSO ESPECIAL (...). FORMAÇÃO E QUADRILHA. NÃO CARACTERIZADO. (...). 2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte no sentido de que para a caracterização do delito de formação de quadrilha são necessários o concurso de pelo menos quatro pessoas, a finalidade dos agentes voltada ao cometimento de delitos, bem como exige-se a estabilidade e permanência da associação criminosa, o que não se verifica no caso vertente. 3. Recurso a que se nega provimento”.*<sup>124</sup>

Diante do exposto, uma vez que, ao longo da instrução processual, comprovou-se que os agentes jamais atuaram intencionalmente, para a formação de associação, dedicada à prática delitiva, é impossível falar que houve acordo de vontades que contemplasse a existência de estabilidade ou permanência, na prática do suposto intento delitivo, fazendo-se necessária a prolação de decreto absolutório em favor dos **Acusados**, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, eis que, inexistentes os elementos mínimos necessários para a configuração do delito previsto no artigo 288, do Código Penal, é atípica a conduta a eles atribuída.

Por fim, subsidiariamente, caso Vossas Excelências entendam serem típicas as condutas atribuídas a **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, faz-se mister ponderar que inexistem quaisquer provas de que eles teriam concorrido para a infração penal, sendo necessário, portanto, a prolação de decreto absolutório, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

## **XI – Da Especial Situação do Acusado Breno Fischberg**

No vertente processo-crime, caso se considere, apenas por mera argumentação, que Vossas Excelências entendam ter ficado demonstrada a prática delitiva, por intermédio das atividades da **Corretora Bônus Banval**, é necessário sejam destacadas as informações coligidas, ao longo da instrução probatória, referentes ao acusado **Breno Fischberg**.

<sup>124</sup> Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1054460, 6ª Turma, Min. Rel. Og Fernandes, DJE 08.09.2009.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Isso porque, embora o I. Procurador-Geral da República, em suas alegações finais, tenha concluído - sem qualquer respaldo -, que o **Acusado** teria concorrido para a prática delitiva, não há, ao longo de todo o arcabouço coligido aos autos da ação penal, quaisquer referências que corroborem esse absurdo posicionamento.

Ao contrário, todas as diligências realizadas, seja perante a D. Autoridade Policial, antes da instauração da instância penal, seja após o oferecimento da denúncia, comprovaram a absoluta desvinculação de **Breno Fischberg** às supostas condutas, atípicas. Demonstrou-se, unicamente, a existência de fato jurídico, *a priori*, lícito, qual seja, a sua participação societária na **Corretora Bônus Banval**; jamais, qualquer vínculo seu com os demais denunciados, bem como com os fatos narrados da exordial, que, conforme já ficou demonstrado, são atípicos.

Ainda no curso do inquérito policial, inúmeras pessoas inquiridas foram uníssonas ao aduzir que jamais tiveram qualquer contato com **Breno Fischberg**, no âmbito das atividades da **Corretora**. Exemplos disso podem ser encontrados nos depoimentos prestados por Marcos Valério Fernandes de Souza (fls. 1460/1461), José Janene (1706/1707), Carlos Alberto Quaglia (fls. 2097/2099) e dos funcionários da **Bônus Banval**, Luiz Carlos Masano (fls. 645/647) e Benoni Nascimento (fls. 655/657).

Também no Relatório Final, confeccionado pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, quando narrada a imaginária participação da **Corretora Bônus Banval**, nas práticas delitivas, não foi feita qualquer menção ao nome de **Breno Fischberg**, que, por certo, não teve participação na realização de quaisquer condutas:

*“A Corretora Bônus Banval (...) era composta por um grupo de empresas cuja principal atividade é a corretagem na BM&F e tinha como sócio o Sr. Enivaldo Quadrado (...)*

*Em seu depoimento, Enivaldo Quadrado afirma ter recebido R\$ 6.55 milhões de Rogério Lanza Tolentino e Associados e que, por determinação de Marcos Valério, repassou esse recurso para a Natimar (...).”*

(Relatório da CPMI dos Correios - fls. 13601/13606)

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Posteriormente, iniciada a instrução processual, confirmou-se que **Breno Fischberg** somente tomou conhecimento dos fatos - diga-se, lícitos - de que trata a presente ação penal, por meio das reportagens veiculadas pela imprensa, que, irresponsavelmente, criou ligação entre as atividades da **Corretora Bônus Banval** e o repasse de valores a partidos políticos integrantes da base aliada do governo.

Nesse contexto, em seu interrogatório judicial, realizado aos 23 de janeiro de 2008, **Breno Fischberg** foi enfático ao aduzir que sempre atuou em consonância com o ordenamento jurídico e que somente soube da existência de movimentações suspeitas, na conta-corrente da empresa Natimar Negócios e Intermediações, quando eclodiu o caso do "Mensalão", exaustivamente explorado pela mídia (fls. 16573/16590):

*"Eu vim a saber a posterior depois que o caso todo apareceu, veio à tona, meu sócio me informou que de fato havia prestado um favor ao senhor Marcos Valério, no sentido de retirar do banco Rural na Av. Paulista 3 envelopes e o que o senhor Marcos Valério de fato iria posterior passar no escritório para retirar aqueles valores".*

Para corroborar tal situação, é importante sejam analisadas as explicações fornecidas por **Enivaldo Quadrado**, quando da realização de seu interrogatório, perante a Justiça Federal de São Paulo - SP. Consoante se pode depreender de suas palavras, **Breno Fischberg** somente tomou conhecimento dos saques em espécie, favores lícitos prestados a Marcos Valério, depois que os mesmos tinham sido realizados, a denotar a absoluta inexistência de vinculação dele com os fatos de que trata o presente processo:

*"MPF: Qual era o papel do senhor Breno dentro da empresa?"*

*INTERROGANDO: o Breno era um diretor comercial.*

*MPF: O senhor comentou com o senhor Breno desses favores que o senhor fez retirando esses valores?"*

*INTERROGANDO: Comentei.*

*MPF: Comentou na época?"*

*INTERROGANDO: Claro... Depois. Na época, acho que no dia não.*



46897  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

MPF: Não, mas depois do escândalo, antes do escândalo?

INTERROGANDO: Porque o dinheiro vinha para a **Corretora**, ficava comigo, quando o dinheiro chegou, avisei que fiz o favor, estava comigo, ia entregar ao Marcos Valério”.

(Interrogatório – Enivaldo Quadrado – fls. 16672/16693)

Destarte, nota-se que **Breno Fischberg** jamais adotou quaisquer comportamentos, que pudessem encontrar subsunção em previsão legal incriminadora, tampouco contribuiu para que eles fossem praticados. Na verdade, ele somente foi avisado quanto à existência dos saques, que, demonstrou-se, foram feito de forma absolutamente lícita.

Ademais, para comprovar que jamais existiu vinculação de **Breno Fischberg** aos fatos de que trata a ação penal nº 470, é importante deixar registrado que o suposto operador do esquema do “*Mensalão*”, o publicitário Marcos Valério, não o conhecia, e assim informou, em seu interrogatório prestado em juízo:

“diz que não conhece o denunciado Breno Fischberg”.

(Interrogatório Judicial: Marcos Valério – fls. 16349/16369)

A funcionária da SMP&B, Simone Vasconcelos, que teria feito contatos com a **Corretora Bônus Banval**, sobre os saques bancários e a transferência dos valores – conduta atípica -, também foi enfática ao afirmar desconhecer **Breno Fischberg**, consoante abaixo se verifica:

“(…) diz que não conhece Breno Fischberg (…)”.

(Interrogatório Judicial: Simone Vasconcelos – fls. 16459/16469)

Desse modo, se o **Acusado** não era conhecido pelos agentes que, segundo ilações do D. Ministério Público Federal Federal, eram responsáveis pela operacionalização do imaginário esquema de repasse indevido de dinheiro aos partidos políticos, torna-se difícil acreditar que ele teria participado da hipotética conduta criminosa – caso, eventualmente, sejam desprezados os argumentos atinentes à atipicidade das condutas atribuídas à **Corretora Bônus Banval**.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Ainda, cumpre rechaçar a assertiva contida na denúncia criminal – e replicada nas alegações finais –, apresentada pelo I. Procurador-Geral de República, segundo o qual “*Breno Fischberg e Carlos Alberto Quaglia associaram-se de modo permanente, habitual e organizado à quadrilha originariamente integrada por José Janene, Pedro Corrêa, Pedro Henry e João Cláudio Genú (...)*”.

Isso porque, à exceção de **Enivaldo Quadrado**, e Jose Janene, todos os demais integrantes da imaginária quadrilha nunca conheceram **Breno Fischberg**, ou a ele não atribuem quaisquer condutas relacionadas aos fatos abordados na presente ação penal, consoante abaixo se comprova:

*“(...) que nunca teve nenhum negócio com a BÔNUS BANVAL e NATIMAR; que não conhece seus donos; que o Partido Progressista nunca realizou negócios com essas duas empresas; que não conhece ENIVALDO QUADRADO, BRENO FISCHBERG (...)”.*

(Interrogatório Judicial: Pedro Corrêa – fls. 14516/14552)

*“QUE não conhece os donos da BÔNUS BANVAL (...). QUE também não sabe a quem pertence as empresas BÔNUS BANVAL e NATIMAR (...)”.*

(Interrogatório Judicial: Pedro Henry Neto – fls. 14345/14349)

*“(...) Eu acredito que isso quem teria que responder é o Sr. Quadrado, como ele maneja sua contabilidade interna da Corretora (...)”*

*(P) Excelência, complementando, para quem dentro da Bônus Banval ele passou essa informação?*

*(R): Para o Sr. Quadrado (...)*

*(J): O senhor quer atribuir a alguém o fato da sua empresa estar envolvida com denúncia de lavagem de dinheiro oriundo dessa corrupção?*

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

(R): *De fato, quem fez a denúncia foi o Sr. Enivaldo (...)*”.

(Interrogatório Judicial: Carlos Alberto Quaglia – fls. 15170/15182)

Outrossim, analisando-se os interrogatórios judiciais de outros acusados, aos quais o D. Ministério Público Federal atribui fundamental participação no intento criminoso, é possível perceber que **Breno Fischberg** era figura desconhecida, e, por conseguinte, sem quaisquer vínculos com as supostas operações, todas lícitas, realizadas por intermédio da **Corretora Bônus Banval**:

*“Juíza: Breno Fischberg?”*

*Interrogando: Não conheço”.*

(Interrogatório Judicial: José Dirceu – fls. 16634/16671)

*“diz que dos acusados não conhece (...) Breno Fischberg (...)”*

(Interrogatório Judicial: Cristiano Paz – fls. 16470/16477)

*“diz que não conhece (...) Breno Fischberg (...)”*

(Interrogatório Judicial: Romeu Queiroz – fls. 16513/16516)

*“diz que não conhece os denunciados (...) Breno Fischberg”*

(Interrogatório Judicial: Ramon Cardoso – fls. 16517/16526)

*“diz que nas visitas a Bônus Banval, em que acompanhou a Marcos Valério, recorda que em algumas oportunidades, Marcos Valério se reuniu reservadamente com Enivaldo Quadrado (...)”.*

Interrogatório Judicial: Rogério Lanza Tolentino – fls. 16493/16501

46900  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Destarte, resta evidente que **Breno Fischberg** jamais atuou para que fossem praticados quaisquer delitos, eis que, além de atípicas as condutas narradas na denúncia criminal, comprovou-se, no correr da instrução processual, que o **Acusado** “*não concorreu para a infração penal*”, fazendo-se necessário seja absolvido, com supedâneo no disposto no artigo 386, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Entretanto, caso Vossas Excelências entendam – hipótese que se menciona, por mera especulação – que as condutas narradas na exordial são típicas, é fácil concluir que, inexistente qualquer “*prova de ter o réu concorrido para a infração penal*”, se impõe a prolação de decreto absolutório, em seu benefício, com fulcro na regra insulpada no artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal.

## XII – Da Fixação da Pena

### XII.1 – Das Características Pessoais dos Acusados e Consequente Inexistência de Justificativa Legal para Majorar a Pena

O artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, elenca, dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, o direito do cidadão à “*individualização da pena*”.

Conforme lição de Saleilles, a aplicação de referido princípio constitucional cria “*um sistema de responsabilidade verdadeira, de responsabilidade concreta, apreciada individualmente, em cada indivíduo, em cada caso particular, em lugar de uma responsabilidade em bloco, fictícia e abstrata, invocada contra cada um e contra todos em virtude de uma mesma fórmula jurídica*”.<sup>125</sup>

Como forma de garantir a eficácia de referido preceito jurídico fundamental, estabelece o artigo 68, do Código Penal, que os julgadores, quando da realização do cálculo da pena, deverão assim proceder:

“Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as

<sup>125</sup> R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, Paris, Ed. Dalloz, 1909, p. 71.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento (...)*”.

Estabeleceu-se, portanto, um sistema trifásico de dosimetria da sanção penal, podendo-se concluir que somente mediante profunda análise de cada caso concreto é que o magistrado poderá fixar a pena a ser aplicada, devendo fazê-lo de modo que a sanção alcance suas reais finalidades, dentro de parâmetros de razoabilidade, quais sejam, a reprovação e a prevenção do crime. Tal como leciona Miguel Reale Júnior, leva-se em conta:

*“(...) primeiramente, as circunstâncias judiciais, sem se levar em conta fatos descritos nas circunstâncias legais, depois as circunstâncias legais e, por fim, as causas de aumento ou diminuição”.*<sup>126</sup>

Nesse contexto, na primeira fase do cálculo da sanção penal, é necessária a fixação da pena-base, observando-se as circunstâncias judiciais, contempladas no artigo 59, do Código Penal, que do seguinte modo estatui:

*“Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:*

*I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;*

*II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;*

*III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;*

*IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.*

Por meio de análise do dispositivo legal acima apresentado, verifica-se que o legislador ordinário conferiu ao julgador ampla discricionariedade no processo de individualização da reprimenda estatal,

<sup>126</sup> Miguel Reale Júnior, *Instituições de Direito Penal*, 59 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 429.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

notadamente no momento de fixação da pena-base (1ª fase). Assim, deverão ser avaliados (as) a culpabilidade do agente, seus antecedentes, conduta social e personalidade, bem como os motivos, circunstâncias e as conseqüências da suposta conduta delitiva.

Nas palavras de Luiz Régis Prado, “a individualização judiciária da sanção penal implica significativa margem de discricionariedade, que deverá ser balizada pelos critérios consignados no artigo 59 do Código Penal e pelos princípios penais de garantia”.<sup>127</sup>

No que concerne à culpabilidade, definida pela doutrina como o grau de reprovabilidade da conduta perpetrada<sup>128</sup>, tem-se que os **Acusados**, conforme anteriormente abordado, jamais praticaram qualquer conduta típica, desconheciam a origem ilícita dos recursos que foram movimentados, bem como os seus destinatários. A bem da verdade, a todo o momento, na realização de suas atividades empresariais, **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado** buscaram pautar-se no respeito aos ditames legais.

Por isso, reduzido o grau de reprovabilidade dos **Acusados**, com relação aos comportamentos que lhes são atribuídos, imperioso é concluir não existir razões para que a pena-base fixada ultrapasse o mínimo valor previsto em lei.

Prosseguindo-se na aferição da aplicação da pena-base, primeira fase da dosimetria, devem ser avaliados os antecedentes dos **Acusados**, levando-se em consideração os fatos anteriores por eles praticados. Nas palavras de Miguel Reale Júnior, “por antecedentes, deve-se entender a forma de vida em uma visão abrangente, examinando-se o seu meio de sustento, sua dedicação a tarefas honestas, a assunção de responsabilidades familiares. Em suma, a lição de Hungria é exata: Ao juiz compete extrair-lhe a conta corrente, para ver se há saldo credor ou devedor”.<sup>129</sup>

Importante frisar que, em contemplação ao princípio da não-culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal),

<sup>127</sup> Luiz Régis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol. 1*, 9ª ed. atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 582.

<sup>128</sup> Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, 16ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 408.

<sup>129</sup> Miguel Reale Júnior, *Instituições de Direito Penal*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 407.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

não pode ser considerada circunstância negativa, na análise dos antecedentes, a existência de ações penais ainda em andamento, no âmbito das quais não tiver sido proferida decisão irrecurável:

*“Com efeito, sob o império de uma nova ordem constitucional, e constitucionalizando o Direito Penal, somente podem ser valoradas como maus antecedentes decisões condenatórias irrecuráveis. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal, não pode ser valorados como maus antecedentes”.*<sup>130</sup>

Destarte, partindo-se das premissas acima apresentadas, tendo em vista inexistir quaisquer circunstâncias negativas, nos antecedentes de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, impera, em caso de condenação, seja-lhes aplicada a pena no mínimo valor legal, para que, contemplando as garantias fundamentais insculpidas na Constituição Federal, seja observado o entendimento, recentemente sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, de que é *“vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”* (Súmula 444, STJ).

Por fim, cumpre frisar que os **Acusados** são indivíduos da mais alta respeitabilidade, tanto no âmbito profissional, quanto no âmbito de suas relações sociais, circunstância exaustivamente comprovada, ao longo da instrução processual, por intermédio da realização dos interrogatórios judiciais de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, consoante abaixo se infere:

*“E também volto a falar, nunca respondi, nunca fui processado por nenhum órgão do mercado financeiro, e nunca fui penalizado nem por Banco Central, nem por Comissão de Valores Mobiliários, minha vida de 30 anos de mercado financeiro, infelizmente, acabou em virtude desse processo”.*

(Interrogatório – Breno Fischberg – fls. 16573/16590)

<sup>130</sup> Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal – Parte Geral I*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 664.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Nesse mesmo sentido, as testemunhas de defesa foram uníssonas ao afirmar, de forma enfática, que os **Acusados** são homens honestos, íntegros e idôneos, inexistindo quaisquer informações que os desabone, à exceção da presente e absurda ação penal:

*“DEFENSORA (Dra. Luciana): (...) o senhor já ouviu falar algo que desabone a vida profissional dessas duas pessoas?*

*TESTEMUNHA: Não. A não ser o que, obviamente, saiu nos jornais, mas anterior a isso, não, absolutamente”.*

(Testemunha de Defesa: Jorge Gurgel Fernandes Neto – fls. 29365/29369)

*“(...) que teve contato com Enivaldo e Breno quando eles ainda eram funcionários da Corretora Bônus Bancal, com a qual o depoente operou comercialmente; que depois os dois passaram a ser donos da Corretora; que toda vez que teve contato com eles, os mesmos demonstraram probidade e honradez (...); que pelo que pôde conhecer de Enivaldo e Breno acredita que a denúncia não seja verdadeira em relação a eles (...) mais perfeita lisura”.*

(Testemunha de Defesa: José César Odorizi - fls. 31391/31395)

*“DEFENSORA (Dra. Luciana): Durante todo esse tempo, toda essa experiência no mercado financeiro, o senhor sabe de algo que desabone a vida profissional do senhor Breno Fischberg?*

*TESTEMUNHA: Veja bem, até o momento em que saiu, que saiu na imprensa eu não tinha nada contra o senhor Breno, não sabia de nada”.*

(Testemunha de Defesa: José Ramon Portela Barreiro fls. 29370/39373)

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*“DEFENSOR (Dr. Leonardo): Durante todo esse período que o senhor conhece o senhor Enivaldo Quadrado, sabe algo que o desabone pessoal, no âmbito profissional, no âmbito pessoal?  
DEPOENTE: Particularmente não, soube só de fatos pela imprensa”.*

(Testemunha de Defesa: Marcelo Elaury – fls. 38092/38097)

*“Defesa de ENIVALDO: O senhor, do tempo que o senhor conhece os dois, o senhor sabe de alguma coisa que desabone a vida pessoa de ambos?*

*TESTEMUNHA: Não. Somente o que realmente foi passado na mídia, mas não que eu... nada que eu tenha presenciado.*

*Defesa de ENIVALDO: e profissionalmente, sabe de alguma coisa?*

*TESTEMUNHA: excelentes... Não, nunca soube de nada; são excelentes profissionais (...).*

Testemunha de Defesa: Luis Tedesco Filho – fls. 38298/38307)

*“(...) o senhor sabe de algo que desabone a vida pessoal, profissional do senhor Enivaldo Quadrado e do senhor Breno Fischberg?*

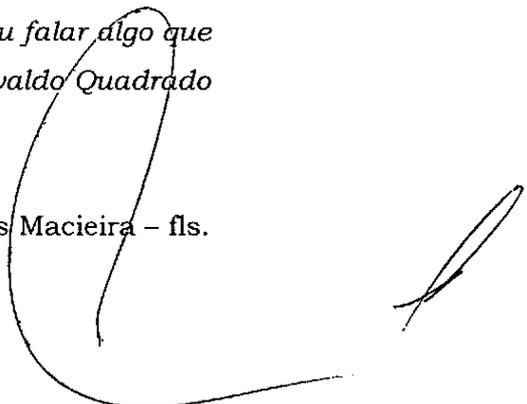
*TESTEMUNHA: Não. Desconheço”.*

(Testemunha de Defesa: Marcelo Sepulveda – fls. 29420/29427)

*“DEFENSOR (Dr. Leonardo): (...) o senhor ouviu falar algo que desabone a vida profissional, pessoal do Enivaldo Quadrado e do Breno Fischberg?*

*TESTEMUNHA: Não.*

(Testemunha de Defesa: Ubirajara dos Santos Macieira – fls. 29439/29449)



46306  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

“DEFENSOR (Dr. Leonardo): Durante todo esse tempo de experiência no mercado financeiro, a senhora sabe de algo que desabone a vida profissional e pessoal de Enivaldo Quadrado e Breno Fischberg?

TESTEMUNHA: Não”.

(Testemunha de Defesa: Fabiana Rodriguez Calzado – fls. 29450/29458)

Desta forma, evidencia-se, pela análise dos elementos probatórios acostados aos autos, que os **Acusados** são homens íntegros, honestos e bem respeitados. Assim, deve-se concluir que, com base em suas exemplares personalidade e conduta social, também, é recomendável a aplicação da pena-base no mínimo valor legal<sup>131</sup>.

Nesse sentido, a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal assevera que a fixação da pena-base deve levar em consideração a culpabilidade, a personalidade e as circunstâncias e conseqüências do crime, que, no caso concreto, são todos elementos favoráveis aos **Acusados**, que, se condenados, fazem jus à pena mínima:

*“Penal. Processual Penal. Habeas Corpus. Fixação da Pena. Art. 59 do Código Penal. Co-Réus em situações diversas. **I. - O juiz deve, ao fixar a pena-base, levar em consideração a culpabilidade, a personalidade do agente, as circunstâncias e as conseqüências do crime**”.*

<sup>132</sup> (grifos e negritos nossos)

Diante disso, tem-se que, com fundamento no artigo 59, do Código Penal, é necessária, nesse primeiro momento, a fixação da pena-base, eventualmente imposta aos **Acusados**, no mínimo valor legal, eis que, avaliando as circunstâncias judiciais previstas em referido dispositivo legal,

<sup>131</sup> Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal – Parte Geral I*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 665: “Personalidade – Deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na lição de Anibal Bruno, a personalidade é um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano. Na análise da personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio accidental na via do réu (...). Conduta social – Deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc”.

<sup>132</sup> Habeas Corpus nº 84260 - Supremo Tribunal Federal – 2ª Câmara – Rel. CARLOS VELLOSO - - Julgamento: 19/10/2004.

## MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

verifica-se serem todas elas favoráveis a **Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado**. Corroborando tal conclusão, destacam-se os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt:

**“Se todas as operadoras do art. 59 foram favoráveis ao réu, a pena-base deve ficar no mínimo previsto (...)”.**<sup>133</sup>

Passando-se à segunda fase da dosimetria da pena, importa seja analisada a presença de circunstâncias legais agravantes ou de atenuação. Nas circunstâncias agravantes, há um comando aplicado adicionalmente à norma incriminadora, criando a possibilidade de majoração da pena; nas circunstâncias atenuantes, reduz-se a quantidade de sanção imposta, em virtude da existência de elementos que tornam menos reprovável a conduta do agente.<sup>134</sup>

Assim, analisando-se o presente caso, verifica-se que inexistem quaisquer circunstâncias agravantes, ficando impossibilitada a alteração da pena-base fixada, ao início da dosimetria da sanção, uma vez que:

**(i)** os **Acusados** não são reincidentes na prática delitiva, pois inexistente sentença condenatória, com trânsito em julgado, proferida contra qualquer um deles (artigo 61, inciso I, do Código Penal);

**(ii)** os **Acusados** não praticaram qualquer conduta, movidos por “*motivo fútil ou torpe*” (artigo 61, inciso II, alínea a, do Código Penal);

**(iii)** os **Acusados** não praticaram qualquer conduta, para “*facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime*” (artigo 61, inciso II, alínea b, do Código Penal);

**(iv)** os **Acusados** não praticaram qualquer conduta, “*à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido*” (artigo 61, inciso II, alínea c, do Código Penal);

<sup>133</sup> Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal – Parte Geral I*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 673.

<sup>134</sup> Miguel Reale Júnior, *Instituições de Direito Penal* 65 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 415.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

(v) os **Acusados** não praticaram qualquer conduta, “*com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou que podia resultar perigo comum* (artigo 61, inciso II, alínea d, do Código Penal);

(vi) os **Acusados** não praticaram qualquer conduta, “*contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge* (artigo 61, inciso II, alínea e, do Código Penal);

(vii) os **Acusados** não praticaram qualquer conduta, “*com acuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica*” (artigo 61, inciso II, alínea f, do Código Penal);

(vi) os **Acusados** não praticaram qualquer conduta, “*com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão* (artigo 61, inciso II, alínea g, do Código Penal);

(vii) os **Acusados** não praticaram qualquer conduta, “*contra criança, maior de sessenta ano, enfermo ou mulher grávida*” (artigo 61, inciso II, alínea h, do Código Penal);

(viii) os **Acusados** não praticaram qualquer conduta, “*quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade*” (artigo 61, inciso II, alínea i, do Código Penal);

(ix) os **Acusados** não praticaram qualquer conduta, “*em ocasião de naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou desgraça particular do ofendido* (artigo 61, inciso II, alínea j, do Código Penal);

(x) os **Acusados** não praticaram qualquer conduta, “*em estado de embriaguez preordenada* (artigo 61, inciso II, alínea l, do Código Penal);

(xi) os **Acusados** não promoveram, ou organizaram a cooperação no crime, tampouco dirigiram a atividade de quaisquer agentes (artigo 62, inciso I, do Código Penal);

(xii) os **Acusados** não praticaram qualquer conduta, mediante coação ou indução de alguém à execução material do crime (artigo 62, inciso II, do Código

46309  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Penal);

(xiii) os **Acusados** não instigaram ou determinaram que alguém, sujeito à sua autoridade, praticasse crime (artigo 62, inciso III, do Código Penal);

(xiv) os **Acusados** não praticaram qualquer conduta, mediante paga ou promessa de recompensa (artigo 62, inciso IV, do Código Penal);

Assim, resta concluída a segunda fase da dosimetria da sanção penal, sem que sejam verificadas quaisquer circunstâncias, judiciais ou legais, que tornem necessário o aumento da pena a ser, eventualmente, imposta aos **Acusados**, que fazem *jus* à sua aplicação, no mínimo valor legal.

Prosseguindo-se à terceira fase do cálculo da pena, tem-se, do mesmo modo, que inexistente a possibilidade de que seja aplicada qualquer causa de aumento de pena.

Diante do exposto, caso os **Acusados** sejam condenados, o que não se crê, roga-se a Vossas Excelências, com o devido acatamento ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, e nos artigos 59 e seguintes, do Código Penal, sejam analisadas as circunstâncias pessoais de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, atribuindo-lhes a pena no mínimo valor previsto em lei, eis que inexistente qualquer elemento que torne necessário tratamento diverso à questão.

## XII.2 - Da Necessidade de Aplicação de Causa de Diminuição da Pena (Lei Federal nº 9.613/98, artigo 1º, § 5º)

Conforme restou amplamente abordado, ao longo do Capítulo III (*Da Permanente Postura Colaborativa dos Acusados*), das presentes alegações finais, os **Acusados**, durante todo o desenrolar da persecução penal atinentes aos fatos tratados no processo-crime, auxiliaram, de forma efetiva, as Autoridades Públicas, na busca pela verdade real.

Nesse contexto, como comprovação da boa-fé de **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, que prestaram esclarecimentos - não há

46910  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

de se questionar -, primordiais para a apuração dos fatos, podem ser destacadas as seguintes circunstâncias:

(i) Aos 05 de agosto de 2005, **Enivaldo Quadrado** prestou depoimento perante o Departamento da Polícia Federal em São Paulo – SP (fls. 984/988);

(ii) Aos 26 de agosto de 2005, **Enivaldo Quadrado**, espontaneamente, foi reinquirido, pela Polícia Federal;

(iii) Aos 31 de agosto de 2005, **Enivaldo Quadrado** foi ouvido pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito;

(iv) Aos 06 de dezembro de 2005, **Enivaldo Quadrado** esteve junto ao Departamento da Polícia Federal, no Distrito Federal, oportunidade em que foi realizada a sua acareação com Carlos Alberto Quaglia, sócio-proprietário da empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.** (fls. 3645/3647);

(v) Aos 31 de janeiro de 2006, **Breno Fischberg** compareceu ao Departamento da Polícia Federal em Brasília – DF (fls. 4215/4217);

(vii) Aos 1º de fevereiro de 2006, **Breno Fischebrg** prestou depoimento à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.

(viii) Os **Acusados** enviaram correspondência ao Banco do Brasil S.A., por intermédio da qual foram solicitadas informações sobre a identificação de depósitos *on line*, que haviam sido creditados na conta-corrente da **Bônus Banval**;

(ix) Os **Acusados** disponibilizaram à D. Autoridade Policial a integralidade do extrato bancário da **Corretora Bônus Banval**, contendo todas as movimentações bancárias realizadas no ano de 2004;

(x) Os **Acusados** disponibilizaram à D. Autoridade Policial a integralidade do extrato da conta-corrente da empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, contendo todas as movimentações financeiras realizadas no período compreendido entre abril de 2002 e agosto de 2005;

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

(xi) Os **Acusados** enviaram correspondências, espontaneamente, aos beneficiários das transferências bancárias sob ordem da empresa **Natimar Negócios e Intermediações Ltda.**, por intermédio das quais foram solicitadas informações detalhadas sobre os negócios jurídicos que as havia dado causa;

(xii) Os **Acusados**, tão logo tomaram conhecimento dos fatos supostamente ilícitos, contrataram escritório de Autoria especializada, para que fosse feita uma varredura completa nas movimentações financeiras realizadas, por intermédio das contas-correntes dos clientes da **Corretora Bônus Banval**, tendo o relatório, após concluído, sido entregue ao D. Ministério Público Federal e à CPMI dos Correios.

Desse modo, é mister considerar que a atuação de **Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado** foi essencial para a busca da verdade real, viabilizando o acesso das autoridades a documentos e informações elucidativas sobre as hipotéticas condutas delitivas – que, mais uma vez, frise-se, não ocorreram.

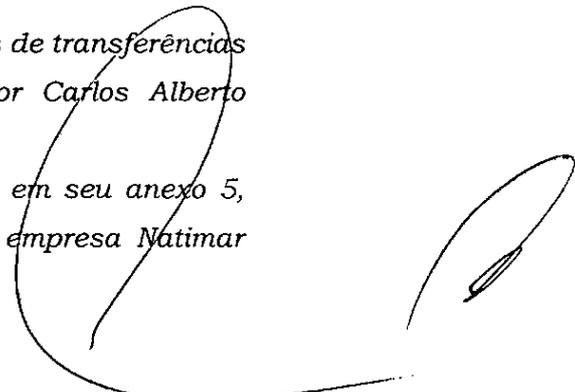
Nesse contexto, é importante sejam destacados trechos das alegações finais apresentadas pelo I. Procurador-Geral da República, que, expressamente, revelam a importância do “*laudo pericial extrajudicial*”, fornecido pelo **Acusados**, para o deslinde da ação penal (Alegações finais – fls. 316):

*“Os valores recebidos pela Bônus Banval eram direcionados internamente para a conta da empresa Natimar. Foi o que constatou o laudo pericial extrajudicial encaminhado por Enivaldo Quadrado (fls. 483/495, Apenso 85, Volume 02):*

*(...).*

*Também instruíram o Laudo os documentos de transferências de recursos para terceiros assinados por Carlos Alberto Quaglia (...).*

*O mencionado laudo pericial extrajudicial, em seu anexo 5, detalha as transferências efetuadas pela empresa Natimar aos beneficiários finais”.*



46912  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Assim, torna-se patente a necessidade de aplicação do disposto no artigo 1º, §5º, da Lei Federal nº 9.613/98 – em caso remoto de condenação -, que, tratando da terceira fase da dosimetria da pena, prevê a possibilidade de redução da sanção, aos agentes que contribuírem com a Autoridade Pública, na persecução penal:

“Art. 1º. (...)

§5º. *A pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.*

Segundo ensinamentos de Rodolfo Tigre Maia, *“cuida-se de causa especial de redução da pena que vem sendo sistematicamente introduzida na legislação penal especial”*<sup>135</sup>, e que exige, uma vez existente a colaboração espontânea, que a pena imposta ao acusado que auxiliar a Justiça seja atenuada, quantitativa e qualitativamente, ou, em certos casos, até mesmo, que a sanção penal deixe de ser aplicada, a juízo do magistrado.

Importante frisar, ainda, a possibilidade jurídica de que a pena seja fixada em patamar aquém do mínimo legal, em virtude da consideração de circunstâncias atenuantes, na terceira fase de sua mensuração. Assim, conforme ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt:

*“deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. Em síntese, não há lei proibindo que, em*

<sup>135</sup> Rodolfo Tigre Maia, *Lavagem de Dinheiro*, 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 105.

*decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado*".<sup>136</sup>

Diante do exposto, caso entendam Vossas Excelências tenham sido praticados fatos típicos, pelos **Acusados** – hipótese que se entende remota -, pugna-se seja levada em consideração a postura colaborativa por eles adotada, ao longo de todo o curso da persecução penal (inquérito policial, CPMI, ação penal), para que, com fundamento no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/98, abstenha-se esse Egrégio Supremo Tribunal Federal de lhes aplicar qualquer sanção penal.

Todavia, subsidiariamente, caso Vossas Excelência assim não entendam, requer-se seja substituída eventual pena privativa de liberdade, por sanção restritiva de direitos, observando-se, outrossim, a necessidade de que o seu *quantum* seja reduzido, na máxima quantidade possível (2/3), em contemplação ao postulado de individualização das penas, insculpido no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

### XII.3 – Da Ausência de Continuidade Delitiva, no Caso Concreto

Por fim, casos Vossas Excelências entendam ser necessária a condenação dos **Acusados** – o que não se crê -, é fundamental seja afastado o entendimento firmado pelo I. Procurador da República, que entendeu terem **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado** praticado as condutas descritas no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei Federal nº 9.613/98, onze vezes, em continuidade delitiva (alegações finais - fls. 319):

*"d.2) 11 (onze) vezes, do artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei nº 9.613/1998 (...) devem ser considerados em continuidade delitiva (art. 71 do CP)".*

O instituto da continuidade delitiva está previsto em nosso ordenamento jurídico, no artigo 71, do Código Penal, que assim dispõe:

*"Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e,*

<sup>136</sup> Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal – Parte Geral I*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 677.

46914  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços”.*

Consoante as lições de Santiago Mir Puig, “*el delito continuado constituye otra construcción de la doctrina y la jurisprudência (...), para evitar tener que admitir la concurrencia de varios hechos típicos constitutivos de otros tantos delitos cuando existe una unidad objetiva y/o subjetiva que permite ver a distintos actos, por si solos delictivos y producidos en forma de unidad natural de acción, como parte de un proceso continuado unitario. Se habla en este caso de una unidad jurídica de acción*”.<sup>137</sup>

Assim, infere-se que a aplicação do instituto da continuidade delitiva está condicionada à existência de concurso de delitos: exige-se a ocorrência de mais de um crime. Tratando do assunto, Celso Delmanto do seguinte modo assevera:

*“Há crime continuado (também chamado continuidade delitiva) quando o agente comete dois ou mais crimes da mesma espécie, mediante mais de uma conduta, estando os delitos, porém, unidos pela semelhança de determinadas circunstâncias (condições de tempo, lugar, modo de execução ou outras que permitam deduzir a continuidade)”.*<sup>138</sup>

A previsão de referido instituto, de extrema importância para a efetiva aplicação do Direito Penal, é baseada, a bem da verdade, em questões que tocam à política criminal. Por conseguinte, considera-se que “os crimes subseqüentes devem ser tidos como continuação do primeiro, estabelecendo, em outros termos, um tratamento unitário a uma pluralidade de atos delictivos, determinando uma forma especial de puni-los”<sup>139</sup>; condição inafastável para a sua aplicação é, portanto, a existência de mais de um crime.

<sup>137</sup> Santiago Mir Puig, *Derecho Penal – Parte General*, 4ª ed., Barcelona, Reppertor, 1996, p. 657.  
<sup>138</sup> Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, 8ª ed. atual, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 319.  
<sup>139</sup> Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal – Parte Geral I*, 15ª ed. atual, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 681.

46915  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

No presente processo-crime, consoante se demonstrará, caso se entenda ter sido praticado o delito de lavagem de dinheiro, é mister deixar assente que, embora tenham sido feitos quatro saques bancários e sete transferências – operações que os **Acusados** julgavam ser lícitas -, é impossível que se fale em pluralidade de crimes previstos no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/98.

Isso porque, a prática do crime de lavagem de dinheiro pressupõe a ocorrência de três etapas (delito trifásico), bem definidas, quais sejam, a conversão dos valores (*placement*), a dissimulação ou ocultação de sua origem (*layering*), viabilizando o posterior ingresso do capital, já com aparência de licitude, na economia (*integration*). Sobre o tema, trazem-se à baila os ensinamentos de Rodolfo Tigre Maia, em livro específico sobre assunto:

*“A lavagem de dinheiro pode ser simplificada e compreendida, sob uma perspectiva teleológica e metajurídica, como o conjunto complexo de operações, integrado pelas etapas de conversão (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*) de bens, direitos e valores, que tem por finalidade tornar legítimos ativos oriundo da prática de atos ilícitos penais, mascarando esta origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da Justiça”.* <sup>140</sup>

Nesse contexto, para que se pudesse falar na pluralidade de crimes de lavagem de dinheiro, circunstância sem a qual está afastada a incidência do artigo 71, do Código Penal, seria necessário que houvesse mais de uma etapa de conversão, mais de uma etapa de dissimulação ou ocultação e mais de uma etapa de reinserção dos valores na economia.

Em outras palavras, o fato de terem sido verificados diversos saques e transferências – que se entendiam lícitos – não é razão suficiente para que se presuma praticado, diversas vezes, o delito previsto no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/98.

<sup>140</sup> Rodolfo Tigre Maia, *Lavagem de Dinheiro*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 53.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Na verdade, a realização de diversas transferências, nada mais quer dizer que a suposta dissimulação dos valores na economia – caso se considerem típicas as condutas -, segunda fase de um único crime de lavagem de dinheiro, ocorreu de maneira fracionada.

Destarte, ainda que sejam acolhidos, integralmente, os absurdos alegados pelo I. Procurador-Geral da República, torna-se descabido falar-se na prática do delito previsto no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/98, onze vezes, em continuidade delitiva, eis que, para tanto, seria imprescindível que tivesse ficado demonstrada a ocorrência, também onze vezes, de todas as fases do processo de lavagem de dinheiro, ou seja, a conversão, a dissimulação e a integração.

Conforme ensinamentos de Marco Antonio de Barros, a conversão, primeira etapa do crime trifásico de lavagem de dinheiro, *“consiste na ocultação ou escamoteação dos ativos ilícitos. Busca-se o distanciamento dos bens, direitos ou valores provenientes do crime antecedente”*.<sup>141</sup>

Analisando-se os autos da presente ação penal, a considerarem-se típicas as condutas atribuídas aos **Acusados**, essa primeira fase do delito de lavagem de dinheiro ocorreu uma única vez, quando, após obter recursos de origem, supostamente, ilícitas, mediante contrato firmado com a Visanet, Marcos Valério buscou meios de afastá-los dos crimes hipoteticamente antecedentes, por meio de contrato de empréstimo com o BMG e Banco Rural.

Sobre o assunto, importante frisar as conclusões a que chega o D. Ministério Público Federal, nas alegações finais apresentadas:

*“Naquele episódio, que resultou no desvio de R\$ 73.851.000300 (setenta e três milhões, oitocentos e cinquenta e um mil reais), a empresa Rogério Lanza Tolentino & Associados Ltda. foi responsável por uma operação de lavagem para ocultar parte do valor desviado (dez milhões de reais) (...).*

<sup>141</sup> Marco Antonio de Barros, *Noções Jurídicas Básicas dos Crimes de Lavagem*, 2ª ed., atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 47.

46917  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*Para o êxito da operação, foi aberta uma conta específica, cuja movimentação limitou-se a receber dez milhões de reais do BMG e, na sequência, movimentar a maior parte desse valor, seja diretamente ou após transitar em uma conta de passagem de outra empresa do mesmo conglomerado empresarial (2S Participações), para a **Corretora** especializada em lavagem de dinheiro Bônus Banval (...).*

*Sobre o abastecimento da conta corrente da Bônus Banval, a instrução comprovou que a origem imediata dos recursos foi um empréstimo contraído pela empresa Rogério Lanza Tolentino & Associados Ltda., de propriedade de Rogério Tolentino, junto ao BMG, no valor de dez milhões de reais.*

*O montante envolvido, por sua vez, adveio de recursos públicos, desviados do Banco do Brasil no esquema da Visanet, mediante o emprego de nota fiscal fria emitida pela empresa DNA Propaganda (capítulo 5)º.*

Desse modo, é possível concluir ter ocorrido, tão somente, um fato que pode ser considerado conversão, para fins de análise da prática do crime de lavagem de dinheiro. Afinal, todos os recursos supostamente ilícitos tiveram origem única, qual seja, os contratos de publicidade firmados entre as empresas de publicidade de Marcos Valério e a Visanet.

Nesse contexto, é óbvia a conclusão de que somente teria sido praticado um único crime de lavagem de dinheiro, porquanto, inquestionavelmente, somente ocorreu uma suposta operação de conversão de valores, hipoteticamente, ilícitos.

A bem da verdade, todas as demais operações – caso se entenda que foram feitas ao arpejo das determinações legais –, consistiram em dissimulações do mesmo processo (único crime) de lavagem de dinheiro. Tal circunstância fica ainda mais evidente, quando é analisada a conceituação que Marcelo Mendroni dá à segunda etapa do *iter criminis*:

*“Nesta segunda etapa, o agente desassocia o dinheiro de sua origem – passando-o por uma série de transações, conversões e movimentações diversas. Tanto mais eficiente a lavagem*

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*quanto mais o agente afastar o dinheiro de sua origem. Quanto mais operações, tanto mais difícil a sua conexão coma ilegalidade e tanto mais difícil a sua prova.*

*Uma vez que o dinheiro foi colocado, faz-se necessário efetuar diversas operações complexas, tanto nacional como internacionalmente, visando dificultar o rastreamento contábil do mesmo".<sup>142</sup>*

Assim, tem-se que a partir de uma conversão inicial, relacionada a valores de origem única, supostamente ilícita, foi realizada uma pluralidade de operações, que seriam inerentes à prática do crime previsto no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/98, e que não induzem à conclusão de que houve a prática de mais de um delito.

Destarte, tem-se que somente poderá falar-se na pluralidade de crimes de lavagem de dinheiro, caso houver pluralidade de condutas que se enquadrem no conceito de conversão, de dissimulação e de reintegração, etapas essenciais para o cometimento do delito trifásico.

Diante disso, comprovado que somente poderia ter ocorrido um delito de lavagem de dinheiro, embora tenham sido realizadas – supostamente – onze operações de dissimulação, fato é que não é cabível a aplicação do disposto no artigo 71, do Código Penal, instituto jurídico destinado a regular situações em que “o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro (...)”.

### **XIII – Do Pedido**

Diante do exposto, requer-se, preliminarmente, seja declarada nula a presente ação penal, *ab initio*, eis que:

- (i) a denúncia criminal que deu início ao presente processo-crime é manifestamente inepta, porquanto, além de elaborada em dissonância com os elementos de convicção coligidos ao longo do inquérito policial – verdade real,

<sup>142</sup> Marcelo Batlouni Mendroni, *Crime de Lavagem de Dinheiro*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 60.

46919  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

não descreveu, de forma suficiente, a conduta de cada denunciado, circunstância que viola o disposto no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, bem como a norma do artigo 41, do Código de Processo Penal;

(ii) o I. Procurador-Geral da República, ao deixar de oferecer denúncia criminal em face de indivíduos, que teriam participado dos supostos atos ilícitos, deixou de cumprir o seu dever de fazer valer o poder punitivo estatal e, por conseguinte, violou o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública;

(iii) o D. Ministério Público Federal extrapolou a previsão legal contida no artigo 5º, da Lei Federal nº 8.038/90, ao refutar cada uma das defesas preliminares apresentadas pelo acusados, quando, na verdade, somente poderia manifestar-se sobre documentos novos, circunstância que afronta o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, insculpido no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Observe-se quanto a esse ponto que todos constituem matéria de ordem pública e sempre podem ser apreciadas no processo penal brasileiro. Em especial, neste caso, diante da alteração profunda que se deu na composição da Corte, desde o juízo de admissibilidade da acusação pública.

Ainda, tendo em vista que a decisão de indeferimento de renovação do interrogatório dos **Acusados**, proferida por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, fez tábula rasa das previsões contidas no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal e da novel sistemática do processo penal brasileiro, violando-lhes direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, pugna-se seja convertido o julgamento em diligências, para que seja possibilitada a renovação do interrogatório de **Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado**.

Com relação ao mérito das imputações formuladas pelo D. Órgão Acusador, em detrimento de **Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado**, a instrução probatória da ação penal demonstrou serem elas, absolutamente, infundadas, devendo ser julgado improcedente o pedido do I. Procurador-Geral da República, mediante a prolação de decreto absolutório, uma vez que:

46920  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

(i) é atípica a conduta dos **Acusados**, no que tange ao crime previsto na Lei Federal nº 9.613/98, pois eles jamais tomaram conhecimento da prática de delito antecedente à lavagem de dinheiro – que não ocorreu –, não pretenderam, em momento algum, ocultar ou dissimular a origem de bens ou valores, tanto menos violar o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora;

(ii) é atípica a conduta dos **Acusados**, no que se relaciona ao crime previsto no artigo 288, do Código Penal, tanto objetiva, quanto subjetivamente, porquanto não existiu qualquer associação, composta por mais de três indivíduos, criada intencionalmente, para prática de pluralidade de crimes, tampouco restou violado o bem jurídico pela norma tutelado, qual seja, a Paz Pública.

Entretanto, subsidiariamente, caso Vossas Excelências entendam serem típicas as condutas atribuídas a **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, faz-se mister ponderar que inexistem quaisquer provas de que dêem substrato à prolação de decreto condenatório, sendo necessária a absolvição dos **Acusados**, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Ademais, para se evitar a ocorrência de decisões conflitantes, com fundamento no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal; e artigo 92, do Código de Processo Penal, requer-se a suspensão do processo quanto ao delito de lavagem de dinheiro imputado aos **Acusados**, até o julgamento final da Ação Penal nº 420, em trâmite perante a 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Belo Horizonte - MG.

Por fim, se porventura, em remota hipótese, Vossas Excelências acreditarem ser necessária a imposição de sanção penal, pleiteia-se:

(i) seja aplicada a sanção prevista nos tipos penal, no mínimo valor legal, eis que, avaliando a culpabilidade dos **Acusados**, seus antecedentes, conduta social e personalidade, bem como os motivos e consequência da suposta conduta delitiva, é possível concluir ser esse *quantum* suficiente;

(ii) seja observada a causa de diminuição de pena, prevista no artigo 1º, §5º, da Lei Federal nº 8.038/90, tendo em vista que os **Acusados**, espontaneamente,

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

contribuíram com as autoridades, na busca de informações sobre as hipotéticas infrações penais e, por isso, fazem *jus* à não aplicação de sanção penal. Todavia, caso Vossas Excelências assim não entendam, é necessária a substituição de pena privativa de liberdade, por pena restritiva de direitos, bem como a redução do valor aplicado em 2/3 (dois terços);

(iii) seja afastada a aplicação da previsão contida no artigo 71, do Código Penal, eis que, caso se considerem típicas as condutas atribuídas a **Breno Fischberg** e **Enivaldo Quadrado**, resta evidenciado que não houve pluralidade de delitos de lavagem de dinheiro, mas, tão somente, a realização das etapas de um crime único, de maneira fracionada.

Termos em que  
Pedem deferimento.  
Brasília, 05 de agosto de 2011.

Antonio Sérgio A. de Moraes Pitombo  
OAB/SP 124.516

Leonardo Magalhães Avelar  
OAB/SP 221.410

Conrado Almeida Corrêa Gontijo  
OAB/SP 305.292

46922  
L



Brazil Página Inicial | English | Contato de Informações | Atendimento ao Cliente  
 Buscar

- Enviar
- Rastrear
- Enviar
- Serviços / Ferramentas
- Gerenciar Minha Conta
- Ferramentas Alfandegárias

Resultados Detalhados

Amigável para impressora    Obter Ink    Ajuda  
 Informe o número de rastreamento

Resultados Detalhados		Notificações	
N° de rastreamento: 866940524244		Selecione o formato do horário: 12h   24h	
		Notificações por E-mail	
<p><b>Entrega</b></p> <p>Iniciado    Coletada    Em trânsito    Entrega</p> <p>Assinado por: RODRIGUEZ</p>			
<p><b>Datas da remessa</b></p> <p>Data de remessa: May 8, 2011</p> <p>Data de entrega: May 9, 2011 8:47 AM</p>		<p><b>Destino</b></p> <p>WASHINGTON, DC</p> <p>Comandante da Entrega Assinado</p>	
<p><b>Opções de Remessa</b></p> <p>Reter na localidade FedEx</p> <p>O serviço Reter na localidade FedEx não está disponível para esta remessa.</p>			Ajuda
<p><b>Fatos da Remessa</b></p> <p>Tipo de serviço: International Priority Service - Indirect - Entrega e Signature Required</p> <p>Peso: 14.4 lbs/6.5 kg</p>			Ajuda
<p><b>Histórico de viagem da remessa</b></p> <p>Selecione o fuso horário: Horário Local de Vênica</p> <p>Toda a atividade de viagem de remessa é exibida no horário local da localidade</p>			Ajuda
Data/Hora	Atividade	Local	Detalhes
May 9, 2011 8:47 AM	Remessa entregue	WASHINGTON, DC	
May 9, 2011 8:09 AM	Remessa em rota para entrega	WASHINGTON, DC	
May 9, 2011 7:24 AM	Situação de exceção na entrega da remessa	WASHINGTON, DC	Endereço incorreto
May 9, 2011 7:03 AM	Pacote na estação da FedEx	WASHINGTON, DC	
May 9, 2011 4:30 AM	Em trânsito	DULLES, VA	
May 8, 2011 3:39 PM	Deixou a estação da FedEx	MEMPHIS, TN	
May 8, 2011 9:16 AM	A remessa internacional foi liberada	MEMPHIS, TN	
May 8, 2011 5:52 AM	Chegou na estação da FedEx	MEMPHIS, TN	
May 8, 2011 2:41 AM	Em trânsito	CAROLINA, PR	
May 7, 2011 8:32 PM	Em trânsito	CAMPINAS BR	
May 7, 2011 5:20 PM	Em trânsito	CAMPINAS BR	
May 7, 2011 2:56 AM	Em trânsito	SÃO PAULO BR	
May 6, 2011 10:51 PM	Deixou o local FedEx de origem	SÃO PAULO BR	
May 6, 2011 3:05 PM	Coletado pela FedEx	SÃO PAULO BR	

Página Inicial Global | Informação de Serviço | Termos de Uso fedex.com |  
 Este site está protegido por leis de direitos de autor e marca registrada ao abrigo da lei Internacional e dos EUA. Todos os direitos reservados. © 1995-2011 FedEx

## MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO  
 GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE  
 PRISCILA CORREA GIOIA  
 FLAVIA MORTARI LOTFI  
 ISABEL DE ARAUJO CORTEZ  
 JULIANA MOYA RIOS FERREIRA SILVA  
 THIAGO FERNANDES CONRADO  
 FERNANDA LEMOS GUIMARÃES  
 CLÁUDIO BIDINO DE SOUZA  
 ALDO ROMANI NETTO  
 RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES  
 RODRIGO TEIXEIRA SILVA

CLAUDIO MAURO HENRIQUE DAOLIO  
 LEONARDO MAGALHÃES AVELAR  
 LUCIANA ZANELLA LOUZADO  
 MARIA EUGENIA GIL  
 DENISE PROVASI VAZ  
 JOÃO FÁBIO AZEVEDO E AZEREDO  
 BRUNO REDONDO  
 BEATRIZ DE OLIVEIRA FERRARO  
 LUISA MORAES ABREU FERREIRA  
 BIANCA DIAS SARDILLI  
 NICOLE TRAUZYNSKI  
 JULIA THOMAZ SANDRONI

## c o n s u l t o r e s

JO TATSUMI  
 MARCELO BATUIRA DA CUNHA LOSSO PEDROSO  
 TARSO VINICIUS DELFINO ROMANI

ILUSTRÍSSIMO SENHOR DOUTOR SECRETÁRIO EXECUTIVO DA  
 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

**ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO**, brasileiro, advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, sob o n.º 124.516, com escritório situado na Rua Pequetita, n.º 215, 8.º andar, São Paulo/SP, Brasil, vem, respeitosamente, com fundamento no artigo 44 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos e nos artigos 23 e 26 do Regulamento da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos apresentar DENÚNCIA em face da REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL por violar os direitos humanos dos nacionais BRENO FISCHBERG e ENIVALDO QUADRADO, consoante explicitado no formulário anexo.

São Paulo (Brasil), 04 de maio de 2011.

ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO

OAB/SP 124.516

SÃO PAULO - SP  
 RUA PEQUETITA, 215  
 8º ANDAR - CEP 04552-060  
 TEL: (11) 3047.3131  
 FAX: (11) 3047.3141

BRASÍLIA - DF  
 SETOR DE AUTARQUIAS SUL  
 QUADRA 01, BLOCO N. 5L 410/411  
 ED. TERRABRASILIS - CEP 70070-01  
 TEL/FAX: (61) 3322.7690

RIO DE JANEIRO - RJ  
 RUA LAURO MULLER 116  
 SALA 2307 - TORRE RIO SUL  
 CEP 22290-160  
 TEL. (21) 3527.7500

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

46925  
f

## FORMULÁRIO

### **I. DADOS DA PESSOA QUE APRESENTA A PETIÇÃO:**

Nome: Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo

Endereço Postal: Rua Pequetita, n.º 215, 8.º andar, São Paulo/São Paulo, Brasil - CEP: 22420-042.

Telefone: (55) 11-30473131

Fax: (55) 11-30473141

Correio Eletrônico: [apitombo@mpp.adv.br](mailto:apitombo@mpp.adv.br)

Informo que a CIDH não precisa manter a minha identidade em sigilo durante a tramitação do processo.

### **II. DADOS DAS PESSOAS AFETADAS PELAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS:**

1) Nome: Breno Fishberg

Endereço Postal: Rua Dr. Queiroz Guimarães, 167 – Jardim Guedala, São Paulo/São Paulo, Brasil

Telefone: (55) 11- 67046233

Fax: -

Correio Eletrônico: [breno.fis@gmail.com](mailto:breno.fis@gmail.com)

2) Nome: Enivaldo Quadrado

Endereço Postal: Rua Jacinto Funari, 101 – Jardim Europa, Assis/São Paulo, Brasil

Telefone: (55) 18-34212121

Fax: -

Correio Eletrônico: [nivaelitemult@uol.com.br](mailto:nivaelitemult@uol.com.br)

46926  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

## III. ESTADO RESPONSÁVEL PELAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

## IV. DOS FATOS ORA DENUNCIADOS

A presente denúncia refere-se a violações de direitos humanos, praticadas pelo Poder Judiciário da República Federativa do Brasil, nos autos da ação penal n.º 470, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

Em 30 de março de 2006, a Procuradoria Geral da República Federativa do Brasil formalizou acusação em face de 40 pessoas, pela suposta prática dos crimes de formação de quadrilha (artigo 288 do Código Penal Brasileiro), falsidade ideológica (artigo 299 do Código Penal Brasileiro), peculato (artigo 312 do Código Penal Brasileiro), corrupção passiva e ativa (artigos 317 e 333 do Código Penal Brasileiro), lavagem de dinheiro (artigo 1.º da Lei Federal n.º 9.613/98), gestão fraudulenta de instituição financeira (artigo 4.º da Lei Federal 7.492/86) e evasão de divisas (artigo 22 da Lei Federal 7.492/1986) (**Doc. 1, EM ANEXO**).

Dentre os quarenta acusados, figuram os SRS. BRENO FISCHBERG e ENIVALDO QUADRADO, aos quais foi imputado o cometimento dos crimes de formação de quadrilha e de lavagem de dinheiro.

Na data de 28 de agosto de 2007, após terem sido apresentadas as defesas preliminares pelos patronos dos réus, o Plenário do Supremo Tribunal Federal pronunciou-se pelo recebimento da denúncia, dando início à marcha processual. Com efeito, consoante previsto pela Lei Federal 8.038/1990, foi determinada a realização dos interrogatórios dos acusados (**Doc. 2, EM ANEXO**).

Após o término de todos os interrogatórios, procedeu-se às oitivas das quarenta e uma testemunhas arroladas pela Procuradoria Geral<sub>3</sub>

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

da República, bem como das centenas de testemunhas indicadas pelos advogados de defesa; tendo a fase de inquirição sido encerrada aos 12 de agosto de 2010.

No último dia 23 de setembro, os SRS. BRENO FISCHBERG e ENIVALDO QUADRADO, por seus advogados, ingressaram com petição no Supremo Tribunal Federal, por meio da qual reclamaram o direito a um *“novo interrogatório judicial, como último ato da fase de instrução processual”* (**Doc. 3, EM ANEXO**).

Em síntese, os acusados alegaram que o interrogatório é um dos mais importantes ‘meios’ de exercício da ampla defesa, direito fundamental garantido pela Constituição Federal, devendo ser realizado em consonância com a sistemática processual que delinea todo o ordenamento jurídico pátrio. Aduziram, ainda, que a Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008 (**Doc. 4, EM ANEXO**) veio instituir que o interrogatório do réu deve ser o último ato da instrução, assegurando que os acusados somente falarão depois de toda a prova oral ter sido produzida no processo.

Não obstante a clareza com que os argumentos foram expendidos, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em 07 de outubro de 2010, decidiu pelo indeferimento do pleito defensivo (**Doc. 5, EM ANEXO**). Isto porque, nos termos do entendimento esposado no r. voto do Excelentíssimo Ministro Relator, a Lei n.º 11.719/2008 não se aplicaria às ações penais de competência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, as quais seguiriam o rito procedimental previsto na Lei n.º 8.038/1990 (**Doc. 6, EM ANEXO**). Senão vejamos o r. voto abaixo reproduzido:

*“A Lei 11.719/2008 – conforme se extrai tanto do seu cabeçalho, quanto da leitura dos seus dispositivos – alterou apenas o Código de Processo Penal, isto é, o Decreto-Lei 3.689/1941.*

*Ocorre que o presente feito segue procedimento previsto na Lei 8.038/1990, que institui normas procedimentais específicas para os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, tratando o Capítulo I do Título I justamente da ação penal originária (arts. 1.º a 12).*

*Como é elementar, a Lei 8.039/1990, por ser especial em relação ao CPP, prevalece sobre este, de acordo com o critério de especialidade, estabelecido no art. 2.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil.*

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*O Código de Processo Penal e a legislação posterior que lhe alterou são aplicados apenas subsidiariamente ao caso ou, nos termos dos arts. 2.º e 9.º da Lei 8.038/1990, somente 'no que for aplicável' ou 'no que couber'.*

*Por conseguinte, a modificação legislativa referida pelos acusados em nada altera o procedimento até então observado, uma vez que a fase processual em que deve ocorrer o interrogatório continua expressamente prescrita no art. 7.º Lei 8.038/1990, o qual prevê tal ato processual como a próxima etapa depois do recebimento da denúncia (ou da queixa).*

*Por essas razões, voto pelo indeferimento do pedido constante da petição de fls. 40.151-40.161".*

Participaram do julgamento, e acompanharam o r. voto do Excelentíssimo Ministro Relator JOAQUIM BARBOSA, os Senhores Doutores Ministros CÉZAR PELUSO, CELSO DE MELLO, DIAS TOFFOLI, MARCO AURÉLIO, CÂRMEM LÚCIA, RICARDO LEWANDOWSKI, AIRES BRITTO e GILMAR MENDES

Ora, com o devido acatamento, ao negar a possibilidade de os acusados serem re-interrogados ao final da instrução processual, o Egrégio Supremo Tribunal Federal acabou por violar, não apenas, o artigo 400 do Código de Processo Penal Brasileiro (com a redação introduzida pela Lei 11.719/08), mas, principalmente, os direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório, previstos no artigo 5.º, inciso LV da Constituição Federal e no artigo 8, incisos 1 e 2, alínea "c", da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, bem assim o direito iluminista à igualdade, insculpido no artigo 24, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos e no artigo II, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

## **- DA VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS JUDICIAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO**

O artigo 8.º, inciso 1, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, assegura a toda pessoa o "direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido com a anterioridade pela lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela".

Por sua vez, o artigo 8.º, inciso 2, alínea c, do mesmo diploma, é categórico ao afirmar que, "durante o processo, toda pessoa tem"<sub>5</sub>

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

direito, em plena igualdade", dentre outras, à seguinte garantia mínima: "concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa".

O direito fundamental à ampla defesa subdivide-se em: direito à defesa técnica e direito à defesa pessoal (ou autodefesa). O primeiro refere-se ao exercício da defesa por profissional dotado de conhecimentos técnicos suficientes para contraditar a acusação formulada pelo Estado, o advogado. Já o segundo relaciona-se à faculdade concedida ao acusado de, ele próprio, contestar a denúncia oferecida contra si.

O interrogatório judicial configura-se, como bem assentado pela doutrina nacional e internacional, "o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação"<sup>1</sup>.

Portanto, para que este ato processual consiga cumprir com as suas finalidades, é indispensável que ele ocorra ao final da instrução. Caso contrário, não terão sido concedidos aos acusados "os meios adequados para a preparação da sua defesa", uma vez que não terão tido a oportunidade de contraditar pessoalmente as provas produzidas em Juízo.

De modo a se garantir o pleno exercício da autodefesa, torna-se assim indispensável "permitir ao acusado conhecer primeiramente a prova contra si produzida, para, depois, se quiser, apresentar sua versão a respeito dos fatos a ele imputados"<sup>2</sup>.

*In casu*, verifica-se que o Estado Brasileiro desrespeitou as irrenunciáveis garantias judiciais da ampla defesa e do contraditório (consagradas no artigo 8.º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos), no específico momento em que negou aos SRS. BRENO FISCHBERG e ENIVALDO QUADRADO o direito de serem interrogados ao final da instrução da ação penal n.º 470.

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, 2.ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Pág. 215.

<sup>2</sup> FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo Penal Constitucional*, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Pág. 264.

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Tem-se por certo, nessa esteira, que viola os mais comezinhos princípios processuais, reconhecidos explicita ou implicitamente em diversos tratados transnacionais sobre Direitos Humanos, impedir que o acusado exerça o seu direito de falar por último na instrução processual.

## - DA VIOLAÇÃO AO DIREITO ILUMINISTA À IGUALDADE

Por outro lado, nota-se que o indeferimento do pedido defensivo acabou por acarretar também uma indevida transgressão do princípio da isonomia, no preciso instante em que o Supremo Tribunal Federal declara que o direito previsto na Lei n.º 11.719/08 não beneficia os acusados da ação penal n.º 470 (nem os réus de outras ações penais que sejam de competência da mais alta corte do ordenamento jurídico brasileiro).

O artigo II, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, dispõe que “todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra”. No mesmo sentido, o artigo 24 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos disciplina, de maneira expressa, que: “Todas as pessoas são iguais ante a lei. Em consequência, têm direito, sem discriminação, à igual proteção da lei”.

Do princípio da igualdade, na esteira das lições do jusfilósofo ROBERT ALEXY, decorre a obrigação de se conferir um tratamento igualitário a todos, desde que não exista uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual. Assim, estar-se-á diante de uma violação ao aludido princípio sempre que um tratamento desigual for considerado arbitrário<sup>3</sup>.

Na hipótese em apreço, percebe-se que a lei 11.719/2008 promoveu a alteração da redação do artigo 400 do Código de Processo Penal Brasileiro, garantindo aos réus o direito de serem interrogados ao final da instrução, após as *“declarações do ofendido”*, a *“inquirição das testemunhas*

<sup>3</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Malheiros Editores, 2008. Pag. 408.

46931  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

*arroladas pela acusação e pela defesa”, os “esclarecimentos dos peritos” e as “acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas”.*

Constata-se, assim, uma especial preocupação do legislador em concretizar as garantias fundamentais à ampla defesa e ao contraditório, presentes na Constituição Federal e em variegados tratados internacionais.

Contudo, apesar de não desconhecer a vigência da aludida lei no âmbito nacional, o Supremo Tribunal Federal negou a sua aplicação aos nacionais BRENO FISCHBERG e ENIVALDO QUADRADO, sob o argumento de que a eles se aplicaria a Lei n.º Lei 8.038/1990 (que disciplina o procedimento das ações penais de competência do Supremo Tribunal Federal).

Assim agindo, os Excelentíssimos Ministros da Suprema Corte acabaram por infringir o princípio fundamental da isonomia. E, isto, por uma razão muito simples: todas as pessoas que estão sendo processadas criminalmente possuem o direito de usufruir das mesmas garantias judiciais fundamentais.

Se o Estado Brasileiro sustenta que os réus de processos criminais possuem o direito de que seus interrogatórios sejam o último ato da instrução, como forma de otimizar as suas garantias à ampla defesa e ao contraditório, parece lógico que esse direito deva ser reconhecido a todos os réus (independentemente do tribunal em que estejam sendo julgados).

Não existe qualquer justificativa apta a legitimar esta disparidade de tratamento. Afinal, o fato de o Egrégio Supremo Tribunal Federal possuir competência para julgar uma ação penal não pode ser perspectivado como uma razão suficiente para suprimir uma garantia judicial fundamental de tamanha magnitude.

Importa sublinhar que o próprio Plenário do EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no último dia 24 de março de 2011, nos autos da ação penal originária n.º 528, por unanimidade, negou provimento a um<sub>8</sub>

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

recurso interposto pelo Ministério Público, que pretendia que os interrogatórios dos réus fossem realizados no início do procedimento, nos termos da Lei 8.038/1990. Nessa ocasião, o r. voto do Excelentíssimo Ministro Relator Ricardo Lewandowski expressou que *“se a nova redação do artigo 400 do CPP, possibilita ao réu exercer de modo mais eficaz a sua defesa, tal dispositivo deve suplantiar o estatuído no artigo 7.º, da Lei 8.038, em homenagem aos princípios constitucionais que são aplicados à espécie” (Doc. 7, EM ANEXO).*

Por fim, convém ressaltar que o fato de os réus da ação penal n.º 470, dentre eles os SRS. BRENO FISCHBERG e ENIVALDO QUADRADO, já terem sido interrogados no início da fase de instrução, logo após o recebimento da denúncia, em nada altera as violações ora reportadas. Tem-se, assim, a plena convicção de que os SRS. BRENO FISCHBERG e ENIVALDO QUADRADO merecem gozar da garantia judicial fundamental de falar por último no processo penal, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 11.719/08, tal como merecem todas as pessoas submetidas às agruras da persecução penal

## V. DIREITOS HUMANOS VIOLADOS

- Artigo 8º, inciso 1 e 2, alínea “c”, e artigo 24 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos.
- Artigo 2º, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

## VI. RECURSOS JUDICIAIS DESTINADOS A REPARAR AS CONSEQÜÊNCIAS DOS FATOS DENUNCIADOS

O ordenamento jurídico brasileiro **não** prevê recurso destinado a reparar a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que denegou o pleito dos nacionais BRENO FISCHBERG e ENIVALDO QUADRADO à realização do interrogatório ao final da instrução da ação penal n.º 470.

46933  
L

# MORAES PITOMBO

a d v o g a d o s

Os SRS. BRENO FISCHBERG E ENIVALDO QUADRADO foram notificados da decisão final e irrecorrível, por publicação na imprensa oficial, datada do dia 02 de maio de 2011 (DJe n.º 80/2011, fls. 22/23) (**Doc. 8, EM ANEXO**).

## VII. DECLARAÇÕES FINAIS

Por fim, declaro que a presente denúncia não foi apresentada ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, nem a qualquer outro organismo supranacional.

São Paulo (Brasil), 04 de maio de 2011.

ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO

46937  
L

Doc. 02