



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Núcleo de Combate à Corrupção

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA 7ª VARA FEDERAL CRIMINAL
DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO**

PROCESSO Nº 0510926-86.2015.4.02.5101

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo procuradores da República abaixo assinados¹, comparece a este Juízo para, com base no art. 403, § 3º, do CPP, apresentar **ALEGAÇÕES FINAIS** nos autos do processo criminal movido contra **OTHON LUIZ PINHEIRO DA SILVA e outros**, o que faz com base nas razões de fato e de direito a seguir expostas.

1. DOS FATOS

Trata-se de processo criminal iniciado por denúncia oferecida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra OTHON LUIZ PINHEIRO DA SILVA, ANA CRISTINA DA SILVA TONIOLO, ROGÉRIO NORA DE SÁ, CLÓVIS RENATO NUMA PEIXOTO PRIMO, OLAVINHO FERREIRA MENDES, OTÁVIO MARQUES DE

¹ Designados para atuar neste feito e conexos pela Portaria PGR/MPF nº 947, de 10 de novembro de 2015.

AZEVEDO, FLAVIO DAVID BARRA, GUSTAVO RIBEIRO DE ANDRADE BOTELHO, CARLOS ALBERTO MONTENEGRO GALLO, JOSUE AUGUSTO NOBRE, GERALDO TOLEDO ARRUDA JUNIOR, JOSÉ ANTUNES SOBRINHO, GERSON DE MELLO ALMADA, CRISTIANO KOK e VICTOR SÉRGIO COLAVITTI.

De forma introdutória, a peça acusatória referiu que o mesmo *modus operandi* utilizado pelas grandes empreiteiras brasileiras em desfavor de procedimentos licitatórios da Petrobras era também utilizado em desfavor da estatal ELETRONUCLEAR, com o intuito de promover reserva de mercado e sobrelevar os preços das respectivas contratações.

Para assegurar tal intento, foi montado um meticuloso esquema que contava com a participação de representantes de empreiteiras, operadores financeiros e também do ex-presidente da estatal OTHON LUIZ.

As investigações constataram o envolvimento de, pelo menos, duas empreiteiras já investigadas pela Operação Lava Jato nos fatos atinentes à Petrobras. Os representantes das empresas ANDRADE GUTIERREZ e ENGEVIX, em virtude da execução de contratos e aditivos celebrados com a ELETRONUCLEAR, ofereceram e prometeram, desta feita, vantagens indevidas a OTHON LUIZ, para determiná-lo a praticar, omitir e retardar atos de ofício em razão de seu cargo de presidente da estatal, caracterizando a prática de crime de corrupção ativa.

Além disso, OTHON LUIZ solicitou e efetivamente recebeu as vantagens indevidas de ambas as empreiteiras, o que demonstrou ter incorrido no crime de corrupção passiva.

O dinheiro ilícito era então entregue a seu destinatário por meio de diversos esquemas de branqueamento, destacando-se, no caso específico da denúncia ora discutida, o repasse de vantagens indevidas para as empresas CG IMPEX, JNOBRE ENGENHARIA, DEUTSCHEBRAS ENGENHARIA, LINK PROJETOS e PARTICIPAÇÕES e ARATEC.

Outrossim, OTHON LUIZ, com o auxílio de sua filha ANA

CRISTINA, manteve valores não declarados em conta bancária em LUXEMBURGO em nome da empresa *offshore* HYDRO POWER ENTERPRISE LIMITED, certamente ocultando, inclusive, valores provenientes direta e indiretamente dos crimes antecedentes descritos.

Ademais, a denúncia apontou que foi feito uso de documentos falsos por parte de OTHON LUIZ, ANA CRISTINA e CARLOS GALLO, representante da CG IMPEX, perante a 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, fraudando a instrução processual e os autos judiciais.

Diante de tal quadro, foram feitas as seguintes imputações:

a) pela prática do crime de corrupção ativa, previsto no art. 333, c/c parágrafo único do Código Penal, ROGÉRIO NORA (por 16 vezes em concurso material), OTÁVIO AZEVEDO (por 24 vezes em concurso material), CLÓVIS PRIMO (por 18 vezes em concurso material), OLAVINHO MENDES (por 24 vezes em concurso material), FLÁVIO BARRA (por 24 vezes em concurso material), GUSTAVO BOTELHO (por 24 vezes em concurso material), CRISTIANO KOK (por 29 vezes em concurso material), GERSON ALMADA (por 29 vezes em concurso material) e JOSÉ ANTUNES (por 29 vezes em concurso material) como incursores pela prática do crime previsto no art. 333, parágrafo único, do Código Penal;

b) pela prática do crime de corrupção passiva na sua forma majorada, previsto no artigo 317, §1º do Código Penal, OTHON LUIZ PINHEIRO DA SILVA (por 53 vezes em concurso material);

c) pela prática do delito de lavagem de capitais, previsto no art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/1998, CARLOS GALLO (por 69 vezes em concurso material), CLÓVIS RENATO (por 67 vezes em concurso material), OLAVINHO FERREIRA (por 54 vezes em concurso material), FLAVIO BARRA (por 71 vezes em concurso material), GUSTAVO BOTELHO (por 71 vezes em concurso material), ROGÉRIO NORA DE SÁ (por 69 vezes em concurso material), OTÁVIO AZEVEDO (por 71 vezes em concurso material), ANA CRISTINA TONIOLO (por 88 vezes em concurso material), JOSUÉ NOBRE (por 5 vezes em concurso material), GERALDO ARRUDA (por 1 vez), JOSÉ ANTUNES

SOBRINHO (por 80 vezes em concurso material), CRISTIANO KOK (por 80 vezes em concurso material), GERSON DE MELLO ALMADA (por 80 vezes em concurso material), VICTOR COLAVITTI (por 79 vezes em concurso material) e OTHON LUIZ (por 151 vezes em concurso material);

d) pela prática do crime de embaraço à investigação de organização criminosa, previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013, OTHON LUIZ, ANA CRISTINA e CARLOS GALLO;

e) pela prática do crime de evasão de divisas, previsto no art. 22, § único, segunda parte, da Lei 7492/1986, OTHON LUIZ e ANA CRISTINA;

f) pela prática do crime de organização criminosa, previsto no art. 2º, § 4º, II da Lei 12.850/2013, OTHON LUIZ, ANA CRISTINA, OTÁVIO AZEVEDO CLÓVIS RENATO, OLAVINHO FERREIRA MENDES, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO, CARLOS GALLO, JOSUÉ NOBRE, JOSÉ ANTUNES, GERSON ALMADA, CRISTIANO KOK e VICTOR SÉRGIO COLAVITTI;

g) pela prática de formação de quadrilha, previsto no art. 288 do Código Penal, ROGERIO NORA.

Em razão das condutas imputadas, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requereu o confisco no montante de R\$ 4.438.500,00 e o arbitramento cumulativo do dano mínimo, a ser revertido em favor da ELETRONUCLEAR, no montante de R\$ 4.438.500,00.

Todos os réus foram devidamente citados e apresentaram as respectivas respostas à acusação perante o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, à exceção de JOSUE NOBRE que, representado pela Defensoria Pública da União, apresentou defesa perante este Juízo.

Nas defesas apresentadas pelos réus, as alegações se resumiram ao seguinte:

- JOSÉ ANTUNES SOBRINHO e CRISTIANO KOK aduziram preliminarmente a incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba com base nos seguintes fundamentos: ausência de correlação entre os fatos perquiridos neste feito e aqueles apurados na Operação Lava-Jato, tendo por objeto a Petrobras, bem como inexistência de conexão entre os ilícitos imputados aos acusados e aqueles investigados no âmbito da ELETRONUCLEAR, visto que não haveria indicativo de que ambos tivessem participado ou aderido a eventual cartel que buscava fraudar licitações desta última com fulcro em beneficiar empresas do CONSORCIO ANGRAMON. Alegaram, ainda, inépcia da denúncia em razão de falta de individualização das condutas e dos fatos e circunstâncias correlatas. Ademais, pontuaram que a denúncia também seria inepta em virtude de ausência de amparo material às alegações apresentadas. No que concerne especificamente à CRISTIANO KOK, alegaram SER indevida a imputação de crime com fundamento em responsabilidade objetiva, posto que não existiriam elementos capazes de vinculá-lo aos crimes narrados.

No mérito, pleitearam absolvição sumária, com base em alegação de atipicidade das condutas e ausência de direcionamento e favorecimento em benefício da ENGEVIX, já que a modalidade de concorrência adotada (técnica e preço) seria a única viável diante do objeto licitado e esta se deu mediante adoção de critérios objetivos em estrita observância ao ato convocatório e a Lei de Licitações, não havendo margem para subjetividade dos julgadores na determinação das notas técnicas que fundamentaram a contratação. Ademais, sustentaram com base em análise detalhada das contratações da ENGEVIX pela ELETRONUCLEAR e em seu respectivo aditivo e, ainda, na comunicação eletrônica mantida com a AF CONSULT, a regularidade dos procedimentos licitatórios. Aduziram a inexistência de crime de corrupção ativa, já que esse tipo penal exige para sua configuração que o agente atue com inequívoca intenção de obter do servidor a prática, omissão ou retardamento de ato de ofício de sua competência e não haveria, no que tange aos contratos celebrados, qualquer ato de ofício que pudesse ser praticado pelo presidente da ELETRONUCLEAR no sentido de favorecer ou beneficiar a ENGEVIX. Desse modo, os pagamentos realizados à ARATEC, sem o correspondente ato de ofício, não permitiriam a conclusão de prática corrupção ativa. Em verdade, tais pagamentos destinaram-se ao fomento de projeto de turbina de baixa queda. Afirmaram, em seguida, que a lavagem de capitais é evidentemente atípica face à comprovada inexistência de crime antecedente. Alegou-se, por fim, que os dois acusados não integraram organização criminosa eventualmente formada para beneficiar-se de contratos fraudulentos com a ELETRONUCLEAR, já que as condutas a eles

imputadas mostraram-se absolutamente isoladas daquelas que envolveram as empresas que integraram o consórcio ANGRAMON (fls. 1.509/2.162);

- VICTOR SÉRGIO COLAVITTI, tendo firmado acordo de colaboração premiada, não apresentou preliminares, nem defesa de mérito, declarando que se manifestaria em momento processual oportuno (fls. 2.168/2.169);

- FLÁVIO DAVID BARRA não apresentou preliminares e, no mérito, postulou sua absolvição sumária, refutando de maneira genérica as imputações feitas na denúncia (fls. 2.177/2.180);

- OTAVIO MARQUES DE AZEVEDO não apresentou preliminares. No mérito, alegou que até fevereiro de 2008 era presidente somente da Andrade Gutierrez Telecom, não sendo possível cogitar de seu domínio sobre fatos relacionados à Construtora ANDRADE GUTIERREZ anteriores a esse período. Alegou que, mesmo a partir de fevereiro de 2008, quando passou a cumular o cargo de presidente da *Holding AG*, não poderia exercer domínio sobre os fatos narrados na denúncia, visto que a estrutura organizacional do grupo AG não lhe conferia controle sobre as atividades da construtora ou ascendência hierárquica sobre seus gestores. Requereu, no mérito, sua absolvição sumária das imputações formuladas, tendo em vista que a acusação careceria de justa causa (fls. 2.182/2.201);

- OTHON PINHEIRO DA SILVA, em sede preliminar, alegou que o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba seria incompetente para processar e julgar a presente ação penal, visto que os fatos narrados na peça envolvendo a ELETRONUCLEAR não tiveram qualquer ligação com o Estado do Paraná, tampouco com aqueles ocorridos na Petrobras, não havendo que se falar em conexão. Desse modo, afirmou que o processamento e julgamento dos fatos em apuração caberiam à Justiça do Estado do Rio de Janeiro, local onde supostamente ocorreram os ilícitos. Afirmou haver impedimento e/ou suspeição de magistrado Sérgio Moro para julgar o processo, visto que a participação deste durante a fase inquisitorial, perseguindo de forma efetiva a colheita de provas, comprometeria seu dever de imparcialidade, destacando ainda a sua suspeição para o conhecimento e julgamento do *meritum causæ*, haja vista ter sido evidenciado juízo prévio de valor acerca dos fatos objeto de apreciação na presente ação penal. Argumentou, ainda, que a denúncia seria inepta na

medida em que não descreveria todos os elementos do tipo penal que lhe foram imputados.

No mérito, apontou inexistência de elementos de prova acerca do delito de organização criminosa. Arguiu, também, não existir sequer prova nos autos que demonstre que os valores remetidos ao exterior seriam provenientes de ilícitos, de forma que não haveria que se falar da aplicação das sanções estabelecidas pela Lei nº 9.613/98 sem que se prove a existência pretérita do crime principal. Aduziu, também, haver falta de justa causa para a ação penal por não estar demonstrado nos autos que os valores depositados na empresa ARATEC seriam oriundos de propina (fls. 2.206/2.267);

- GUSTAVO RIBEIRO DE ANDRADE BOTELHO, preliminarmente, aduziu a incompetência territorial do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba e apontou inépcia da denúncia, em decorrência de narrativa genérica da peça de acusação impedindo o pleno exercício de defesa. Sustentou, ainda, que a inexistência de descrição individualizada dos fatos imputados ao acusado configuraria ausência de justa causa para o recebimento da denúncia, posto que teria sido denunciado somente pelo fato de ter sido diretor superintendente da ANDRADE GUITIERREZ. No mérito, postulou ainda sua absolvição com fundamento na ausência de amparo probatório à alegação de que concorreu para a prática das infrações penais de corrupção ativa, lavagem de capitais e associação criminosa (fls. 2.349/2.407);

- CLÓVIS RENATO NUMA PEIXOTO FILHO, preliminarmente, alegou que a denúncia seria inepta em razão de verdadeira atipicidade do crime de organização criminosa imputado, vez que no período indicado já não integrava mais a empresa, bem como a Lei nº 12.850/13 ainda não se encontrava em vigência. No mérito, aduziu que, quanto aos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, a denúncia careceria de justa causa ante a absoluta falta de suporte probatório mínimo para todas as imputações formuladas. Ainda no mérito, pleiteou sua absolvição sumária dos crimes imputados em razão da atipicidade, vez que em todos os casos estariam ausentes as elementares típicas imprescindíveis à configuração dos delitos. Alegou ainda que não teve ingerência em qualquer decisão tomada acerca do procedimento licitatório referente à etapa de montagem eletromecânica da Usina de Angra 3, uma vez que não integrava o quadro de funcionários à época, pretendendo a absolvição, também, em razão da inexistência de lastro probatório que sustente as condutas descritas (fls. 2.409/2.470);

- ROGÉRIO NORA DE SÁ, alegou preliminarmente que a denúncia seria inepta no que diz respeito a imputação de corrupção ativa, vez que há mera alusão às expressões típicas, o que dificultaria o exercício regular do direito de defesa. Apontou também inépcia com relação ao crime de lavagem de dinheiro, em virtude da ausência de imputação dos crimes antecedentes a ensejar tal imputação em face do acusado. No mérito, pleiteou a absolvição sumária pelos fatos imputados fora do período compreendido entre 22 de maio de 2002 a 06 de setembro de 2011, período no qual ocupou o cargo de presidente da Construtora ANDRADE GUTIERREZ. Por fim, postulou a correta adequação da acusação de associação criminosa ao crime de quadrilha, tipo vigente a época dos fatos imputados (fls. 2.500/2.533);

- GERALDO TOLEDO DE ARRUDA JUNIOR não apresentou preliminares nem defesa de mérito (fls. 2.536/2.539);

- OLAVINHO FERREIRA MENDES não apresentou preliminares. No mérito, postulou sua absolvição sumária pela manifesta atipicidade das condutas imputadas, porque ausentes, em todos os casos, as elementares típicas imprescindíveis à configuração dos delitos. Afirmou que os contratos citados na denúncia celebrados com o CONSÓRCIO ANGRAMON não guardam relação com as obras civis da construção da Usina Angra 3, e, em razão disso, qualquer conduta delituosa eventualmente ligada a tais instrumentos, não poderia, em hipótese alguma, ser imputada ao acusado (fls. 2644/2700);

- ANA CRISTINA DA SILVA TONIOLLO, preliminarmente, afirmou que o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba seria incompetente para processar e julgar a ação penal. Alegou ser a denúncia inepta por não descrever todas as elementares do tipo penal das condutas ilícitas atribuídas à acusada, bem como por não estar escorada em elementos probatórios idôneos capazes de demonstrar que os pagamentos efetuados pelas empreiteiras à empresa ARATEC seriam realmente de propinas. Em relação ao mérito, apontou a falta de justa causa, deixando de manifestar-se sobre o assunto de forma mais detalhada neste momento processual (fls. 2.702/2.708);

- CARLOS ALBERTO MONTENEGRO GALLO, em

sede preliminar, alegou incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba para o processamento e julgamento da ação penal, visto que os fatos não guardariam qualquer relação com o Estado do Paraná, uma vez que supostamente consumados no Estado de São Paulo, tendo menos ainda a ver com os ilícitos ocorridos na Petrobras. Apontou a suspeição de magistrado Sérgio Moro, visto diante de afastamento de sua posição equidistante das partes, assumindo parcialidade, bem como papel de inquisidor nos autos do inquérito policial e da ação penal. No mérito, postulou sua absolvição sumária frente aos fatos a ele imputados, uma vez que entende ser inocente (fls. 2712/2732);

– JOSUÉ AUGUSTO NOBRE alegou em preliminar que a denúncia é inepta por inexistir descrição da alegada conduta de lavagem de ativos por parte do acusado. No mérito, pleiteou a absolvição sumária vez que faltaria ao acusado o característico dolo exigido pelo tipo penal imputado. Pleiteou ainda, alternativamente, o reconhecimento da causa de diminuição da pena da participação de menor importância em razão de o acusado ter atuado como uma pequena peça em meio ao grandioso esquema montado (fls. 3.135/3.153).

Registra-se que, em momento anterior ao oferecimento da denúncia, durante a fase de investigações, o acusado FLÁVIO BARRA protocolou diretamente no Supremo Tribunal Federal reclamação com pedido liminar autuada no sob o n. 21.802, na qual, em linhas gerais, alegou usurpação de competência do STF em razão de: a) no curso da investigação terem surgido evidências de participação de agentes políticos do PMDB, notadamente do Senador Edison Lobão; b) sua prisão preventiva assim como a investigação foram determinadas por autoridade incompetente; c) inexistência de conexão entre os crimes investigados no âmbito da Petrobras com os investigados na ELETRONUCLEAR; d) todos os atos praticados seriam nulos devidos a incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba para o caso, devendo o feito ser remetido ao STF.

O Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, em decisão de fls. 2.813/2.814, suspendeu o feito devido a decisão exarada pelo Ministro Teori Zavascki no sentido de dar parcial deferimento a liminar pretendida na reclamação. Tal orientação do STF se deu em razão de terem sido constatados indícios da participação de pessoa com foro privilegiado, notadamente a pessoa do Senador Edison Lobão, no intuito de fraudar licitação e obter vantagens ilícitas nas obras da Usina Angra 3.

Posteriormente, no bojo da Ação Penal 963², foi determinado pelo ministro relator: a) manutenção da investigação dos fatos perante o STF no que se refere ao envolvimento de parlamentar federal (Inquérito 4.075); b) remessa da ação penal com relação aos demais acusados para a Seção Judiciária da Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Recebidos os autos na Seção Judiciária do Rio de Janeiro, foram eles distribuídos para esta 7ª Vara Federal Criminal. Após manifestação do MPF, este Juízo ratificou todos os atos judiciais e as decisões proferidas anteriormente pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba em razão de não haver vislumbrado razão de fato ou de direito que não ensejasse tal ato, sendo ratificado o recebimento parcial da denúncia, considerando a sua rejeição quanto aos fatos imputados à GERSON DE MELLO ALMADA. Na ocasião, foram designadas audiências para oitivas das testemunhas de acusação (fls. 3.352/3.356).

A seguir, a ação penal teve regular prosseguimento perante este Juízo, destacando-se os atos processuais mencionados a seguir.

Neste sentido, o MPF requereu à fl. 3.538 a juntada em DVD acautelado do Procedimento Administrativo nº 08700.007351/2015-51 do CADE (acordo de leniência com a Camargo Corrêa).

Às fls. 3.544/3.547, foi juntada decisão do STF nos autos da Ação Penal 963, informando o levantamento do sigilo das colaborações premiadas de Ricardo Pessoa e Walmir Pinheiro. Determinou a Corte Suprema o envio dos depoimentos das aludidas colaborações e ainda da colaboração de Luiz Carlos Martins (respeitado o sigilo dos autos, tendo sido determinada, em decisão de fl. 5.165 a autuação por dependência em autos vinculados – nº 0512068-28.2015.4.02.5101). Em atendimento, foi juntada às fls. 3.548/5.163 cópia dos procedimentos do STF nos quais foram homologadas as colaborações premiadas de Walmir Pinheiro (Termo de Colaboração nº 03 refere-se a Angra 3 – fls. 3.582/3.589) e

2 Ação Penal oriunda da decisão proferida na Rcl 21.802, em 02/10/2015, que deferiu “em parte a liminar para determinar: (a) a suspensão da Ação Penal 5044464-02.2015.4.04.7000/PR e demais procedimentos relacionados ‘às obras da Usina Angra 3, licitadas pela Eletrobras Eletronuclear’; (b) a remessa imediata a esta Suprema Corte dos autos da Ação Penal 5044464-02.2015.4.04.7000/PR, dos ‘Inquéritos 5049557-14.2015.4.04.700 e 5026417-77.2015.4.04.700, especialmente o processo de busca e apreensão 5028308-36.2015.4.04.700 e processos de quebras 5028289-30.2015.4.04.7000 e 5035674-29.2015.4.04.7000’, assim como de outros processos correlatos”.

Ricardo Pessoa (Anexo 2 refere-se a Angra 3 - fls. 3.805/3.813 – Termo de Colaboração nº 4 - autuação junto com o Termo nº 17 - refere-se a Angra – fl. 3.886/3.893 – fls. 4.025/4.037), com cópia dos respectivos depoimentos prestados.

Em audiência realizada em 14.12.15 (fls. 5.193/5.195), foram ouvidas testemunhas de acusação Walmir Pinheiro, Ricardo Pessoa e Dalton Avancini. Em audiência realizada em 15.12.15 (fls. 5.247/5.249), foram ouvidas as testemunhas de acusação Luiz Carlos Martins, Rafael Carneiro Di Bello e Gustavo Alessandro Tormenta. Em audiência realizada em 16.12.15 (fls. 5.393/5.398), foram ouvidas as testemunhas de acusação Pedro Bezerra de Souza e Rodrigo Severino Brito.

Em promoção de fls. 5.389/5.391, o MPF requereu prorrogação do prazo para conclusão da instrução criminal diante da complexidade no processo, com base no disposto no art. 22 da Lei 12.850/13, o que foi deferido através da decisão de fl. 5.407.

Em audiência realizada em 25.01.16 (fls. 5.863/5.878) foram ouvidas as testemunhas Ângela Serpa Caldeira e Silva, Armando Casado, Cauê Oliveira Bastos, Charles Filogonio, Paulo Fernando Rahme Mota e Yan Des Longchamps (arroladas pelas defesas de FLÁVIO BARRA e GUSTAVO BOTELHO). Em audiência realizada em 26.01.16 (fls. 5.879/5.885), foram ouvidas as testemunhas de defesa Daniel Nicolini Breanza e Jarbas Ferreira da Silva (arroladas pela defesa de GUSTAVO BOTELHO). Em audiência realizada em 27.01.16 (fls. 5.886/5.891), foi ouvida a testemunha de defesa Lúcio Dias B. Ferrari (arroladas pela defesa de GUSTAVO BOTELHO). Na ocasião, o MPF requereu ainda a juntada da Portaria PGR nº 947/2015 com designação especial de procuradores para atuar no feito (fl. 5.892). Em audiência realizada em 28.01.16 (fls. 5.903/5.911) foram ouvidas as testemunhas Ronaldo da Silva Ferreira (arrolada pelas defesas de JOSÉ ANTUNES SOBRINHO e CRISTINO KOK), Antônio Eduardo Torales dos Santos (arrolada pela defesa de CLÓVIS PRIMO) e José Roberto Custódio Lima (arrolado pela defesa de OTHON LUIZ). Em audiência realizada em 29.01.16 (fls. 5.912/5.915) foi ouvida a testemunha José Carlos Rocha Borsari (arrolada pela defesa de OLAVINHO MENDES). Em audiência realizada em 01.02.16 (fls. 5.923/5.936), foram ouvidas as testemunhas de defesa Carlos Feu Alvim, Eudes Orleans e Bragança, Rex Nazaré Alves (arrolados pela defesa de OTHON LUIZ) e Ronaldo Redenschi (arrolado pela defesa de ROGÉRIO NORA). Em audiência realizada em 22.02.16 (fls. 6.032/6.034), foram ouvidas as testemunhas de defesa Maria Lúcia de Almeida Robalo,

Cileno Bento Zero (arroladas pela defesa de GERALDO TOLEDO), Mara Suely Martins (arrolada pela defesa de ANA CRISTINA) e Sérgio Parada (arrolado pela defesa de FLÁVIO BARRA). Em audiência realizada em 23.02.16 (fls. 6.046/6.049) foi ouvida a testemunha Fábio Kanasawa (arrolado pela defesa de ANA CRISTINA). Em audiência realizada na manhã de 23.02.16 (fls. 6.046/6.049), foram ouvidas a testemunha de defesa Fábio Kanasawa (arrolado pela defesa de ANA CRISTINA). Em audiência realizada na tarde de 23.02.16 (fls. 6.050/6.057), foram ouvidas as testemunhas Ricardo de Oliveira Lopes de Sá e Renato Torres de Faria (arroladas pela defesa de OTAVIO AZEVEDO). Em audiência realizada em 24.02.16 (fls. 6.060/6.065), foram ouvidas as testemunhas Luís Otávio de Assis Henriques (arrolado pela defesa de FLÁVIO BARRA) e Valéria K. Jacob (arrolada pela defesa de ANA CRISTINA). Em audiência realizada em 25.02.16 (fls. 6.067/6.072), foram ouvidas as testemunhas Ana Paula de Souza Lima Cordogna e Marcos José Mahler de Araújo (arroladas pela defesa de GERALDO TOLEDO). Em audiência realizada na manhã de 29.02.16 (fls. 6.098/6.105), foram ouvidas as testemunhas Ricardo Carneiro Sandoval (arrolado pela defesa de GERALDO TOLEDO), Paulo César Leoni (arrolado pela defesa de ANA CRISTINA) e Egidio Fontana (arrolado pela defesa de GERALDO TOLEDO e ANA CRISTINA). Em audiência realizada na tarde de 29.02.16 (fls. 6.107/6.111), foi ouvida a testemunha Néelson Jobim (arrolado pela defesa de OTHON LUIZ). Em audiência realizada em 02.03.16 (fls. 6.124/6.129), foram ouvidas as testemunhas Vanessa Tavares Santos (arrolada pela defesa de CLÓVIS PRIMO) e Carlos da Silva Gouvêa (arrolado pela defesas de ANA CRISTINA e OTHON LUIZ). À fl. 6.171, a ELETROBRAS, na condição de empresa controladora da ELETRONUCLEAR, requereu sua habilitação nos autos na qualidade de assistente da acusação. Em audiência realizada em 10.03.2016 (fls. 6.262/6.272), foram ouvidas as testemunhas Ubirajara Batista, Selma Tonioli (arrolados pela defesa de ANA CRISTINA), Renato Tubino Lempek e Renan Guterrez Lopes (arrolados pela defesa de CLÓVIS PRIMO). Em audiência realizada em 11.03.2016 (fls. 6.274/6.283) foram ouvidas as testemunhas Luiz Augusto de Barros, Ladislau Cândido de Oliveira (arrolados pela defesa de ROGÉRIO NORA) e José Israel Vargas (arrolado pela defesa de OTHON LUIZ). Na ocasião, foi deferida a habilitação da assistência à acusação pela ELETROBRAS e homologada desistência da oitiva de Antônio Carlos Miranda requerida pelo MPF como testemunha referida. Foi ainda determinado o levantamento do sigilo dos autos da colaboração premiada de VICTOR SÉRGIO COLAVITTI e da cautelar de quebra de sigilo bancário de OTHON LUIZ realizada via cooperação jurídica internacional. Foi homologado pedido de desistência de produção de prova pericial formulado por GUSTAVO BOTELHO, sendo designadas

audiências para início da realização dos interrogatórios. Aqui vale referir a homologação por este Juízo de diversos pedidos formulados pelas partes requeridas de desistência de oitiva de testemunhas arroladas.

Em audiência realizada em 18.03.2016 (fls. 6.343/6.351), foram interrogados os réus VICTOR COLAVITTI, CRISTIANO KOK e JOSÉ ANTUNES.

Às fls. 6.581/6.840, foi juntada aos autos documentação referente ao compartilhamento pelo STF do conteúdo da colaboração premiada realizada no âmbito da Operação Lava Jato com a ANDRADE GUTIERREZ: Termo de Colaboração nº 2 de ROGÉRIO NORA (fls. 6817/6821), Termo de Colaboração nº 3 de CLÓVIS PRIMO (fls. 6633/6636), Termo de Colaboração nº 1 de FLÁVIO BARRA (fls. 6656/6663), Termo de Colaboração nº 1 de GUSTAVO BOTELHO (fls. 6.723/6.731), Termo de Colaboração nº 1 de OLAVINHO MENDES (fls. 6.744/6.747), Termo de Colaboração nº 1 de OTAVIO AZEVEDO (fls. 6.767/6778) e Termo de Colaboração nº 1 de Flávio Gomes Machado Filho (fls. 6.684/6.693).

Em audiência realizada em 15.04.2016 (fls. 6843/6856), foram interrogados os réus FLÁVIO BARRA, OTÁVIO AZEVEDO e GUSTAVO BOTELHO. Em audiência realizada em 25.04.2016 (fls. 6.941/6.949), foram interrogados os réus ROGÉRIO NORA, CLÓVIS PRIMO e OLAVINHO MENDES, sendo indeferidos requerimentos de OTHON LUIZ para adiamento dos interrogatórios faltantes para que fossem ouvidas testemunhas referidas e produzidas outras provas. Em audiência realizada em 27.04.2015 (fls. 6.955/6.963), foram interrogados os réus CARLOS GALLO, JOSUE NOBRE e GERALDO TOLEDO. Em audiência realizada em 29.04.2015 (fls. 6.976/6.983), foram interrogados os réus ANA CRISTINA e OTHON LUIZ. Na ocasião foi, indeferido pedido de ingresso nos autos como assistente da acusação pela ELETRONUCLEAR e prorrogado o prazo de conclusão da ação penal por mais 60 dias. Diante da ausência de requerimentos pelo MPF e pela ELETROBRAS, enquanto assistente da acusação, foi estabelecido prazo para que as defesas se manifestassem sobre diligências complementares eventualmente pretendidas.

A defesa de GERALDO TOLEDO requereu às fls. 6.994/7.000 diligências e juntada de documentos. À fl. 7.112 a defesa de OTHON LUIZ requereu oitiva de testemunha via carta rogatória. As demais defesas não requereram a realização de diligências.

Às fls. 7118/7120, foi proferida decisão que indeferiu os requerimentos de diligências de GERALDO TOLEDO e OTHON LUIZ e determinou a intimação do MPF para oferecer alegações finais do prazo de 10 dias, seguindo-se prazo para assistência da acusação e defesas.

É o relato do necessário.

2. DAS PRELIMINARES

Em que pese este Juízo já tenha analisado as preliminares sustentadas pelas defesas na decisão de 3.088/3.089, onde ratificou todos os atos judiciais praticados pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, inclusive a análise das respectivas peças apresentadas pelos acusados (fls. 2319/2331, 2616/2621 e 2773/2776), decisões as quais se reporta para evitar repetições, impende traçar breves linhas sobre a posição ministerial em relação a cada uma delas.

Não serão aqui analisadas, contudo, as alegações referentes à incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, em virtude da decisão proferida no bojo na Ação Penal 963, na qual o Supremo Tribunal Federal determinou a remessa dos autos para a Justiça Federal no Rio de Janeiro para o processamento e julgamento do feito.

Não serão também analisadas as questões referentes a impedimento e suspeição do magistrado titular do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, uma vez que elas também restaram superadas com a remessa do feito para a Justiça Federal no Rio de Janeiro.

Com relação às preliminares de inépcia da denúncia e falta de justa causa para a ação penal, tem-se que, superada a possibilidade de absolvição sumária - uma vez asseverada a aptidão da peça acusatória nas decisões proferidas pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba e ratificadas por este Juízo - e superada também a fase instrutória, tais questões devem ser resolvidas não neste capítulo, mas na análise do mérito, a partir de um exame exauriente do conjunto probatório e dos fundamentos de direito subjacentes.

No que diz respeito a JOSUÉ NOBRE, único réu a apresentar defesa diretamente perante este Juízo, igualmente considerou-se inexistirem causas para a rejeição da denúncia, afastando-se, desse modo, a alegação de inépcia da denúncia também em relação a ele, nos termos da decisão de fls. 3.352/3.356.

De forma geral, as demais preliminares arguidas ligam-se à inépcia da denúncia e atipicidade das condutas imputadas.

Defesas sustentaram a inépcia da denúncia, por ser confusa e omissa e diante de ausência de delimitação e individualização das imputações, além da inexistência de justa causa para a ação penal, por ausência ou deficiência de lastro indiciário suficiente.

Os requisitos da denúncia estão previstos no art. 41 do CPP. Da leitura da inicial acusatória, verifica-se a descrição suficiente de crimes, com indicação de indícios de autoria e materialidade suficientes para a deflagração da persecução penal, viabilizando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa. Não há razões para inquiná-la de qualquer irregularidade neste aspecto, tampouco a ação penal quanto à existência de justa causa. Tanto assim que a peça foi recebida (fls. 1.339/1.348), tendo sido a decisão ratificada por este Juízo (fls. 3.088/3.089). Remete-se, no ponto, outrossim, à apreciação realizada em relação à defesa do acusado JOSUÉ NOBRE, quando se reafirmou a aptidão da peça acusatória, asseverando-se inclusive que os fatos criminosos e suas circunstâncias foram expostos com clareza, bem como constaram nos autos as qualificações dos denunciados e a classificação dos crimes imputados, atendendo-se plenamente o disposto no artigo 41 do CPP (fls. 3.352/3.356).

Vê-se ainda que a denuncia individualiza ações no tempo e no espaço. As condutas são descritas em seus elementos pertinente aos tipos penais. Esclareceu-se como funciona o esquema delitivo operado pelos acusados. A imputação atribuiu não só condutas, mas a consciência e vontade em efetuar-las (dolo). Na análise da autoria, são citados os fundamentos pelos quais se chegou à conclusão de que cada denunciado é autor do crime. São citadas, na abordagem de cada um dos delitos perpetrados, as provas que fundamentam a acusação. Há a devida qualificação jurídica dos denunciados, capitulação dos fatos, requerimento final, indicação de provas a produzir, local, data, assinatura, indicação dos

agentes públicos responsáveis pela peça e assim por diante. Da mesma forma, foram apontados todos os elementos informativos e de prova que embasaram a acusação, aos quais os acusados tiveram pleno acesso e conhecimento, possibilitando o exercício pleno do direito de defesa.

Defesas ainda arguiram a atipicidade de condutas narradas, aludindo à ausência de elementos subjetivos e objetivos dos tipos penais capitulados na denúncia.

A atipicidade, para ensejar o não recebimento da denúncia, há de ser manifesta, dada a excepcionalidade da hipótese. Não é o que se verifica na espécie. A peça acusatória descreveu de forma suficiente as condutas imputadas, demonstrando a sua subsunção aos delitos em tela, mediante suporte indiciário satisfatório.

Se algumas defesas pretendem debater aspectos teóricos de tipos penais e aprofundar a análise acerca da existência ou não de elementos probatórios contra os acusados e da configuração dos tipos penais, não está em sede preliminar o momento oportuno para discussão mais detalhada sobre tal.

Reafirma-se a correção, neste sentido, das decisões que rejeitaram as preliminares em respostas à acusação (fls. 1.339/1.348, 3.088/3.089 e 3.352/3.356), deixando esses assuntos para debate em instrução processual, campo apropriado para a sua abordagem aprofundada, razão pela qual se voltará a estes temas na análise do mérito, adiante.

Ressalta-se por derradeiro que, ao longo da instrução processual realizada perante este Juízo, a despeito da complexidade do processo e do número elevado de réus, o feito transcorreu de forma elogiável com a desejada celeridade mas sem qualquer atropelo e mediante estrito respeito ao devido processo legal e à ampla defesa. Tanto é assim, que, a despeito de inúmeros habeas corpus impetrados em favor de vários réus em razão de decisões tomadas em relação ao andamento do feito, todas os pleitos liminares foram rechaçados pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

3. DO MÉRITO

O entendimento geral da atuação em organização criminosa descrito na denúncia é facilitado através da percepção de que, para a implantação da Usina de Angra 3 pela ELETRONUCLEAR, foram celebrados três grupos distintos de contratos: a) contratos e/ou aditivos para as obras de construção civil da Usina de Angra 3 celebrados com a ANDRADE GUTIERREZ, ajuste principal realizado inicialmente na década de 80 e que, após anos de suspensão, foi retomado em 2007; b) contratos e/ou aditivos para a confecção de projetos de engenharia para obras de construção civil e montagem eletromecânica da Usina de Angra 3 celebrados com a ENGEVIX, dentre eles ajuste também realizado na década de 80 e retomado em 2012, além de outros contratos e aditivos celebrados entre 2011 e 2014; c) contratos para obras de montagem eletromecânica da Usina de Angra 3 celebrados com o CONSORCIO ANGRAMON (do qual fizeram parte, além da ANDRADE GUTIERREZ, as empresas ODEBRECHT, UTC, CAMARGO CORREA, TECHINT, EBE e QUEIROZ GALVÃO) em 2014.

Baseado em tal contexto fático, a denúncia imputou uma série de crimes aos 14 réus (a denúncia não foi recebida em relação a GERSON DE MELLO ALMADA), dividindo as imputações em 18 partes (Fatos 1 a 18). Cada um dos fatos será analisado nos tópicos seguintes de acordo com as provas contidas na denúncia - as quais apenas se reportará em muitas das vezes para evitar repetições - e, em especial, de acordo com a prova oral produzida durante a instrução processual que teve lugar neste Juízo.

Em síntese, conforme se demonstrará, a denúncia imputou e a instrução processual comprovou de forma insofismável a atuação, no âmbito da ELETRONUCLEAR, de uma **organização criminosa** que, tendo por objeto sobretudo os dois primeiros grupos de contratos supra referidos, ofereceu e pagou, pela ANDRADE GUTIERREZ (pela ação dos acusados ROGÉRIO NORA, CLÓVIS PRIMO, OLAVINHO MENDES, OTÁVIO AZEVEDO, FLÁVIO BARRA e GUSTAVO BOTELHO) e pela ENGEVIX (pelos acusados JOSÉ ANTUNES e CRISTIANO KOK), vantagem pecuniária indevida, vulgarmente conhecida como “propina” e no caso concreto mais referida como “contribuição” ou “investimento” ou “acerto”, ao então Diretor-Presidente da ELETRONUCLEAR OTHON LUIZ (**corrupção passiva e ativa**). Tais pagamentos foram feitos através de esquema de **lavagem de dinheiro**, utilizado com a finalidade de dissimular sua origem ilícita. Desta feita, OTHON LUIZ, com o auxílio de sua filha ANA CRISTINA,

recebia o repasse das propinas através de pagamentos baseados em contratos fictícios celebrados entre a sua empresa ARATEC e as empresas intermediárias CG (do acusado CARLOS GALLO), JNOBRE (do acusado JOSUE NOBRE), DEUTSCHEBRAS (do acusado GERALDO ARRUDA) e LINK (do acusado VICTOR COLAVITTI). Estas empresa, por sua vez, tinham recebido previamente os valores da ANRADE GUTIERREZ e da ENGEVIX também mediante a celebração de contratos fictícios, completando-se desta feita o esquema de branqueamento. Ainda com base nas investigações e respaldado em procedimento homologado perante este Juízo de cooperação internacional, apurou-se que OTHON LUIZ e ANA CRISTINA, também com a finalidade de ocultar origem espúria, promoveram **evasão de divisas** através da manutenção em conta corrente em Luxemburgo de valores não declarados à Receita Federal do Brasil. Por fim, imputou-se aos acusados OTHON LUIZ, ANA CRISTINA e CARLOS GALLO **embaraço a investigação da organização criminosa** ao apresentarem, com a finalidade de tentar dar lastro aos contratos fraudulentos celebrados, documentos falsos em juízo.

Na denúncia, a estruturação e divisão de tarefas da organização criminosa foi dividida em quatro núcleos básicos (além do núcleo político, que não foi objeto da denúncia em razão de ser composto por autoridades com prerrogativa de foro perante o STF). Tal ilustração, que tem lugar nas presentes considerações de teor introdutório, ajuda a compreender imputações de caráter tão complexo. Tal complexidade revela inclusive a extrema e singular gravidade dos crimes em relação aos quais se está diante, pretendendo-se, desta feita, dura condenação por parte deste Juízo. Nos termos da inicial:

A estruturação e a divisão de tarefas da referida organização é cristalina e abrange cinco núcleos básicos:

- a) O **núcleo econômico**, formado pelos executivos das empreiteiras ANDRADE GUTIERREZ e ENGEVIX, os quais ofereciam e prometiam vantagens indevidas a OTHON LUIZ, em razão de crimes envolvendo licitações, contratos e aditivos que tinham interesse na ELETRONUCLEAR. Além disso, efetivamente pagavam vantagens indevidas ao então Presidente da ELETRONUCLEAR mediante reiteradas operações de lavagem.
- b) O **núcleo administrativo**, integrado por OTHON LUIZ, então Presidente da ELETRONUCLEAR, o qual solicitava, aceitava promessas e recebia vantagens indevidas pagas pelas empreiteiras ANDRADE GUTIERREZ e ENGEVIX em razão do cargo que ocupava com o fim de proteger interesses das empresas no âmbito da estatal. Para tanto, utilizava operações de branqueamento de capitais para dar aparência lícita aos recursos que auferia.
- c) O **núcleo financeiro operacional**, formado pelas denunciados que

intermediavam o repasse das vantagens indevidas das empreiteiras ANDRADE GUTIERREZ e ENGEVIX para a empresa ARATEC de OTHON LUIZ, apenas com intuito de dar aparência lícita às operações de repasse. Aponta-se, neste, momento os denunciados CARLOS GALLO, JOSUÉ NOBRE e VICTOR SÉRGIO COLAVITTI. Tal núcleo era integrado também por ANA CRISTINA, que tinha a função de operacionalizar junto à empresa ARATEC a assinatura de contratos fictícios e emissão de notas frias para dar aparência lícita aos recursos indevidamente auferidos.

A instrução processual confirmou o quadro da organização criminosa traçado da denúncia, apenas com a ressalva de que os pagamentos de propina identificados, relacionaram-se de forma mais direta à execução dos contratos de obras civis em relação à ANDRADE GUTIERREZ, e à execução dos contratos de projeto de engenharia em relação à ENGEVIX.

De forma paralela, verificou-se a existência de esquema cartelizado que, em organização criminosa composta por agentes das empreiteiras componentes do CONSORCIO ANGRAMON, dentre elas a ANDRADE GUTIERREZ, fraudou a licitação para a contratação dos serviços de montagem eletromecânica da Usina de Angra 3 e corrompeu autoridades com foro por prerrogativa de função e o então presidente da ELETRONUCLEAR OTHON LUIZ.

Passemos então, inclusive em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, plenamente respeitados ao longo de todo o trâmite processual, à análise de cada um dos conjuntos de crimes imputados (corrupção ativa, corrupção passiva, lavagem de dinheiro, embaraço a investigação de organização criminosa, evasão de divisas e pertinência à organização criminosa), correlacionando o contido na exordial com as provas nas quais ela se baseou e com as provas produzida ao longo da instrução processual. Tal análise fática será entremeada com considerações jurídicas, inclusive, para melhor compreensão, mediante o estabelecimento pressupostos teóricos em tópicos separados.

3.1. Pressupostos Teóricos Gerais sobre Delitos de Poder (Crimes do Colarinho Branco)

3.1.1. Crimes Complexos e Prova Indiciária

Antes de se passar à análise das provas, para, a partir delas, concluir pela presença de um juízo de convicção suficiente para uma condenação criminal (da existência dos crimes e da sua autoria), é necessário, ainda que brevemente, abordar algumas premissas teóricas relevantes.³

Tratam os presentes autos de complexo esquema criminoso praticado em variadas etapas e que envolveu diversas estruturas de poder, público e privado.

A análise dos fatos engloba a existência de um cartel de empresas que se relacionava de forma espúria com um executivo de alto escalão da ELETRONUCLEAR por mecanismo de corrupção que era praticado com elevado grau de sofisticação, envolvendo a realização de acordo prévio e genérico de corrupção que posteriormente era concretizado em situações específicas com a utilização de diversos e velados mecanismos.

O ponto aqui é que disso tudo flui que os crimes perpetrados pelos acusados são de difícil prova. Isso não é apenas um “fruto do acaso”, mas sim da profissionalização de sua prática e de cuidados deliberadamente empregados pelos réus.

Se é extremamente importante a repressão aos chamados delitos de poder e se, simultaneamente, constituem crimes de difícil prova, o que se deve fazer? A solução mais razoável é reconhecer a dificuldade probatória e, tendo ela como pano de fundo, medir adequadamente o ônus da acusação, mantendo simultaneamente todas as garantias da defesa.

Nesse sentido, no julgamento da Ação Penal nº 470 pelo Supremo Tribunal Federal, que não coincidentemente era também um caso de lavagem de dinheiro envolvendo corrupção, assim se manifestou a Ministra Rosa Weber, fazendo uma perspicaz analogia com o crime de estupro:

³ Essas premissas tomam por apoio, em grande parte, estudos mais profundos feitos na seguinte obra: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

A lógica autorizada pelo senso comum faz concluir que, em tal espécie de criminalidade [crimes contra os costumes], a consumação sempre se dá longe do sistema de vigilância. No estupro, em regra, é quase impossível uma prova testemunhal. Isso determina que se atenuie a rigidez da valoração, possibilitando-se a condenação do acusado com base na versão da vítima sobre os fatos confrontada com os indícios e circunstâncias que venham a confortá-la. Nos delitos de poder não pode ser diferente. Quanto maior o poder ostentado pelo criminoso, maior a facilidade de esconder o ilícito, pela elaboração de esquemas velados, destruição de documentos, aliciamento de testemunhas etc. Também aqui a clareza que inspira o senso comum autoriza a conclusão (presunções, indícios e lógica na interpretação dos fatos). Dai a maior elasticidade na admissão da prova de acusação, o que em absoluto se confunde com flexibilização das garantias legais (...). A potencialidade do acusado de crime para falsear a verdade implica o maior valor das presunções contra ele erigidas. Delitos no âmbito reduzido do poder são, por sua natureza, em vista da posição dos autores, de difícil comprovação pelas chamadas provas diretas. (...) A essa consideração, agrego que, em determinadas circunstâncias, pela própria natureza do crime, a prova indireta é a única disponível e a sua desconsideração, prima facie, além de contrária ao Direito positivo e à prática moderna, implicaria deixar sem resposta graves atentados criminais a ordem jurídica e a sociedade.

A ministra bem diagnosticou a situação: em crimes graves e que não deixam provas diretas, ou se confere elasticidade à admissão das provas da acusação e se confere o devido valor à prova indiciária, ou tais crimes, de alta lesividade, não serão jamais punidos e a sociedade é que sofrerá as consequências.

O Ministro Ricardo Lewandowski foi por caminho semelhante ao proferir seu voto no mesmo feito referido, destacando a importância dos elementos indiciários para demonstrar o dolo em delitos desse jaez (ele analisava o delito de gestão fraudulenta). Perceba-se:

Nos delitos societários e, em especial, nos chamados “crimes de colarinho branco”, nem sempre se pode exigir a obtenção de prova direta para a condenação, sob pena de estimular-se a impunidade nesse campo.

O delito de gestão fraudulenta de instituição financeira é um exemplo clássico do que acabo de afirmar. Sim, pois como distinguir uma gestão desastrosa, caracterizada pela adoção de medidas desesperadas ou meramente equivocadas na administração de uma instituição de crédito daquelas tidas como fraudulentas ou mesmo temerárias, ambas tipificadas como crimes?

É evidente, a meu ver, que o julgador, ao perscrutar os autos na busca de um divisor de águas, irá apoiar-se, na maior parte dos casos, mais no conjunto de indícios confirmados ao longo da instrução criminal, que acabam evidenciando a intenção delituosa dos agentes, do que nas quase sempre raras provas diretas do comportamento ilícito, sobretudo no que toca ao dolo.

Permito-me recordar que, de acordo com o art. 239 do Código de Processo Penal, a prova indiciária é “a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou

outras circunstâncias”, deixando evidente a possibilidade de sua utilização – sempre parcimoniosa evidentemente - quando o Estado não logra obter uma prova direta do crime. Significa dizer que o conjunto logicamente entrelaçado de indícios pode assumir a condição de prova suficiente para a prolação de um decreto condenatório, nesse tipo de delito.

Mas isso, sublinho, sempre com o devido cuidado, conforme, aliás, adverte Nicola Framarino dei Malatesta: “*É necessário ter cautela na afirmação dos indícios, mas não se pode negar que a certeza pode provir deles*”.

A prova, como se sabe, é o gênero do qual fazem parte os indícios. Estes se inserem, portanto - desde que solidamente encadeados e bem demonstrados - no conceito clássico de prova, permitindo sejam valorados pelo magistrado de forma a possibilitar-lhe o estabelecimento da verdade processual.

Estudando a natureza da prova, verifica-se que os mais modernos autores sobre evidência, nos Estados Unidos e na Europa, reconhecem que não há diferença de natureza entre prova direta e indireta e que a antiga aversão aos indícios não passa de preconceito. Michele Taruffo⁴, por exemplo, afirma que:

El grado de aceptabilidad de la prueba esta siempre determinado por una o mas inferencias que deben estar fundamentadas en circunstancias precisas y en criterios (cuando sean necesarios) reconocibles. Desde el punto de vista de la estructura lógica y del empleo de las máximas de experiencia, estas inferencias no son distintas de las que se formulan en el ámbito de la valoración de las pruebas indirectas. Tanto en un caso como en el otro, en efecto, se trata siempre de vincular una circunstancia con una hipótesis de hecho por medio de una regla de inferencia.

Se é assim, uma condenação pode legitimamente ter por base prova indiciária. Por seu turno, Esther Casanovas, tratando da prova indiciária no narcotráfico, cita decisão proferida na década de 90 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qual esta admitiu esta possibilidade. Eis o trecho da decisão:

“(...) en ejercicio de su función jurisdiccional, tratándose de la obtención y valoración de las pruebas necesarias para la decisión de los casos que conoce, puede, en determinadas circunstancias, utilizar tanto las pruebas circunstanciales como los indicios o las presunciones como base de sus pronunciamientos, cuando de aquéllas puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos (Caso Gangaram Panday, Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 49)”⁵.

4 TARUFFO, Michele, La Prueba de Los Hechos, 2005, p. 263.

5 CASANOVAS, Esther Elisa Angelán. La prueba indiciaria y su valoracion em los casos de narcotráfico y lavado de activos. Jornada contra el crimen organizado: narcotráfico, lavado de activos, corrupción, trata y tráfico de personas y terrorismo. Santo Domingo (República Dominicana): Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia. Mar. 2010. Disponível em: <<http://www.comisionadodejusticia.gob.do/phocadownload/Actualizaciones/Libros/2012/CRIMEN%20ORGANIZADO.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2012, p. 49.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, já em 1978, no caso Irlanda vs. Grã-Bretanha, reconheceu a higidez da prova indiciária para produzir convicção para além da dúvida razoável: *“a la hora de valorar la prueba, este Tribunal ha aplicado el criterio de la prueba más allá de la duda razonable. Sin embargo tal tipo de prueba se puede obtener de la coexistencia de inferencias suficientemente consistentes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas”*⁶. Tal entendimento foi reiterado nos casos Salman vs. Turquia, de 27/06/2000, Tamlin vs. Turquia, de 10/04/2000, e Tahsin vs. Turquia, de 08/04/2004⁷.

Também o Tribunal Constitucional Espanhol, na STC 137/2005, reafirmou o entendimento estabelecido desde a STC 174/1985, de que mesmo na falta de prova direta, a prova indiciária pode sustentar uma condenação sem que seja violada a presunção de inocência, sempre que parta de fatos provados e que se possa inferir o delito de indícios por um processo mental racional e conforme as regras do critério humano⁸. Na Espanha, no ano de 2006, do total de 1.626 sentenças do Tribunal Supremo Espanhol, em 204 se abordou de alguma forma a prova indiciária.⁹

O Procurador da República Andrey Borges de Mendonça também expõe doutrinariamente a essencialidade da prova indiciária com relação à demonstração do crime de lavagem de dinheiro:

A tentativa de buscar um equilíbrio entre a eficácia da persecução penal do delito de lavagem e a proibição da inversão do ônus da prova deve passar pela utilização e aceitação da prova indireta/indiciária, notadamente para comprovar os dois aspectos centrais da produção probatória do delito de lavagem, quais sejam: a origem ilícita dos bens, valores e direitos e o elemento subjetivo do tipo. O uso de indícios é de importância inquestionável para provar ambos os requisitos, especialmente para suprir as carências da prova direta em processos penais relativos a atividades delitivas enquadradas naquilo que se conhece como criminalidade organizada. De fato, será habitual que não haja prova direta das circunstâncias relacionadas à procedência ilícita dos bens e do elemento subjetivo. Justamente por isto, **a prova indiciária adquire especial importância no delito de lavagem de dinheiro, já tendo se afirmado que se trata da “rainha” das provas em matéria de lavagem** [LOMBARDERO

6 GARCÍA, Joaquín Giménez. La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos: perspectiva del juez. Disponível em: <<http://www.juschubut.gov.ar/index.php/material-de-archivo/ano-2007>>. Acesso em: 19 maio 2012.

7 *Idem.*

8 *Idem.*

9 *Idem.*

EXPÓSITO, Luis Manuel]. Realmente, **é a utilização da prova indiciária que poderá permitir uma eficaz persecução penal dos delitos de lavagem, impedindo que a impunidade reine nesta espécie de delitos**. No Brasil, esta importância ainda não foi visualizada por parcela da doutrina e da jurisprudência, que continua a possuir enorme resistência em aceitar a possibilidade de condenação com base em “indícios”. Porém, esta resistência se deve, em parte, a um equívoco na fixação dos conceitos. A palavra indícios é polissêmica e foi empregada pelo próprio legislador, no CPP, de diversas maneiras diferentes, com sentidos variados em relação ao distinto momento processual em que é utilizada. Em um desses sentidos, o legislador faz menção aos “indícios de prova”, referindo-se a um conjunto de provas que permita um juízo de probabilidade. (...). Porém, veja que a expressão indícios, neste sentido, deve ser interpretada não como prova indireta, mas sim como um conjunto de provas que demonstrem, razoavelmente, uma suspeita fundada (...). Em outras palavras, a expressão indícios, nesta acepção, está se referindo a uma cognição vertical (quanto à profundidade) não exauriente, ou seja, uma cognição sumária, não profunda, em sentido oposto à necessária completude da cognição, no plano vertical, para a prolação de uma sentença condenatória. Vale destacar que o próprio STF já reconheceu esses sentidos polissêmicos [STF – RE 287658 e HC 83.542/PE]. Porém, estes “indícios de prova” não podem ser confundidos com a “prova de indícios, esta sim disciplinada no art. 239 do CPP, aqui considerada em sua “dimensão probatória”. (...). Assim, ao contrário do que alguns afirmam, **a prova indiciária pode – e no caso da lavagem, deve, em razão da dificuldade de se obter provas diretas – ser utilizada para embasar um decreto condenatório, pois permite uma cognição profunda no plano vertical, de sorte a permitir que o juízo forme sua cognição acima de qualquer dúvida razoável**¹⁰ (grifei)

O STF, em cuja jurisprudência mais uma vez se apoia, em vários acórdãos tem externado que a prova por indícios, no sistema do livre convencimento motivado, é apta a lastrear decreto condenatório, mesmo quando baseada em presunções *hominis*.

No HC 111.666, cuja redação é repetida em vários outros arestos da 1ª Turma do STF (HC 103.118, HC 101.519, p. ex.), a Corte Suprema entendeu que a exigência de prova direta em crimes complexos vai de encontro à efetividade da Justiça, e que a dedicação do agente a atividades delitivas podia ser inferida da quantidade dos entorpecentes apreendidos:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI

10 MENDONÇA, Andrey Borges, Do processo e julgamento. In: Carla Veríssimo de Carli (org.). Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 501-503.

N. 11.343/2006. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA, MAUS ANTECEDENTES E DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. **PRESUNÇÃO HOMINIS. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS. APTIDÃO PARA LASTREAR DECRETO CONDENATÓRIO. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.** REAPRECIAÇÃO DE PROVAS. DESCABIMENTO NA VIA ELEITA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA APTA A AFASTAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, ANTE A DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA. 1. O § 4º do artigo 33 da Lei de Entorpecentes dispõe a respeito da causa de diminuição da pena nas frações de 1/6 a 2/3 e arrola os requisitos necessários para tanto: primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não à organização criminosa. 2. Consectariamente, ainda que se tratasse de presunção de que o paciente é dedicado à atividade criminosa, esse elemento probatório seria passível de ser utilizado mercê de, como visto, haver elementos fáticos conducentes a conclusão de que o paciente era dado à atividade delituosa. **3. O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções hominis ou facti, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do ius puniendi, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.** Doutrina (LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162). Precedente (HC 96062, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-02 PP-00336). 4. **Deveras, o julgador pode, mediante um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, utilizando raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.** 5. **A criminalidade dedicada ao tráfico de drogas organiza-se em sistema altamente complexo, motivo pelo qual a exigência de prova direta da dedicação a esse tipo de atividade, além de violar o sistema do livre convencimento motivado previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, praticamente impossibilita a efetividade da repressão a essa espécie delitiva.** 6. O juízo de origem procedeu a atividade intelectual irrepreensível, porquanto a apreensão de grande quantidade de droga é fato que permite concluir, **mediante raciocínio dedutivo,** pela dedicação do agente a atividades delitivas, sendo certo que, além disso, outras circunstâncias motivaram o afastamento da minorante. 7. In casu, o Juízo de origem ponderou a quantidade e a variedade das drogas apreendidas (1,82g de cocaína pura, 8,35g de crack e 20,18g de maconha), destacando a forma como estavam acondicionadas, o local em que o paciente foi preso em flagrante (bar de fachada que, na verdade, era ponto de tráfico de entorpecentes), e os péssimos antecedentes criminais, circunstâncias concretas obstativas da aplicação da referida minorante. 8. Ordem denegada” (HC 111666, R. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 8/5/2012) - sem destaque no original.

No HC 70.344, julgado em 1993, o STF reconheceu que os indícios “são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexo com o fato a ser provado seja lógico e próximo (grifei)

Em conclusão, há farta doutrina e jurisprudência, brasileira e estrangeira, que ampara a dignidade da prova indiciária e sua suficiência para um decreto condenatório. Paralelamente, há um reconhecimento da necessidade de maior flexibilidade em casos de crimes complexos, cuja prova é difícil, os quais incluem os delitos de poder. Conduz-se, pois, à necessidade de se realizar uma valoração de provas que esteja em conformidade com o moderno entendimento sobre o peso da prova indiciária.

3.1.2. Modernas técnicas de análise de evidências

As duas mais modernas teorias sobre evidência atualmente são o probabilismo, na vertente do *bayesianismo*, e o explanacionismo. Não é o caso aqui se se realizar uma profunda análise teórica delas, mas apenas expor seus principais pontos a fim de usar tal abordagem na análise da prova neste caso.¹¹

Muito sucintamente, o bayesianismo, fundado na atualização de probabilidades condicionais do Teorema de Bayes, busca atualizar a probabilidade de uma hipótese com base em evidências apresentadas. Na linguagem probabilística, uma Evidência E confirma ou desconfirma uma Hipótese H. Contudo, a vertente probabilística de análise de prova apresenta inúmeras dificuldades para as quais ainda não foi apresentada resposta convincente, como o problema das probabilidades iniciais, a complexidade dos cálculos, o problema da classe de referência, o paradoxo das conjunções, as evidências em cascata, etc.

Já de acordo com o explanacionismo, a evidência é vista como algo que é explicado pela hipótese que é trazida pela acusação ou pela defesa. O explanacionismo tem por base a lógica abductiva, desenvolvida por Charles Sanders Peirce no início do Século XIX. Para se ter ideia da força que assumiu a abdução, que foi denominada inferência para uma melhor explicação (*inference to the best explanation*) pelo filósofo Harman, pode-se citar uma obra da Década de 80 em que Umberto Eco, junto com outros renomados autores, examinaram exemplos do uso dessa lógica em inúmeras passagens da

¹¹ Essas premissas tomam por apoio, em grande parte, estudos mais profundos feitos na seguinte obra: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

obra *Sherlock Holmes*. Na linguagem explanacionista, a Hipótese H que é tomada como verdadeira é aquela que melhor explica a Evidência E, ou o conjunto de evidências do caso. Assim, a melhor hipótese para a evidência consistente em pegadas na areia é a hipótese de que alguém passou por ali. O explanacionismo apresenta diversas vantagens, havendo pesquisas que indicam que jurados e juristas refletem sobre as provas segundo a lógica explanacionista.

O explanacionismo, na verdade, apenas organiza em fases e etapas de análise aquilo que todos nós, investigadores, juristas, advogados, promotores e juízes, já fazemos no dia a dia. A mesma lógica é seguida por médicos em diagnósticos, por mecânicos, ou por nós no dia a dia. A inteligência artificial tem aplicado ligações explanatórias para realizar análises computacionais de situações e apontar prováveis diagnósticos ou conclusões. No viés explanacionista, a hipótese que deve ser adotada como verdadeira é aquela que melhor explica as provas colhidas.

Combinando o explanacionismo com o *standard* de prova da acusação, que se identifica como a prova para além de uma dúvida razoável, pode-se chegar à conclusão quanto à condenação ou absolvição do réu.

3.1.3. Standard de prova

Considera-se como melhor *standard* de prova o desenvolvido no direito anglo-saxão, consistente na premissa “para além da dúvida razoável”. Esse *standard* decorreu da constatação, pelas cortes inglesas no século XVII, de que a certeza é impossível, e de que, caso exigida certeza, os jurados absolveriam mesmo aqueles réus em relação aos quais há abundante prova. Em 1850 as cortes já estavam aplicando o “*reasonable doubt standard*”, que hoje é um dos mais conhecidos na vida pública americana.

Certeza, filosoficamente falando, é um atributo psicológico e significa ausência de capacidade de duvidar. O estado de certeza diz mais a respeito da falta de criatividade do indivíduo do que a respeito da realidade. Toda evidência, por natureza, é plurívoca. A partir de cada evidência, teoricamente, podem-se lançar infinitas hipóteses explicatórias, muito embora muitas vezes apenas poucas delas poderiam ser consideradas plausíveis.

Assim, o que se deve esperar no Processo Penal é que a prova gere uma convicção para além de uma dúvida que é razoável; e não uma convicção para além de uma dúvida meramente possível. É possível que as cinco testemunhas que afirmam não se conhecer - e não conhecer suspeito ou vítima - mintam por diferentes razões que o suspeito matou a vítima, mas isso é improvável.

A Suprema Corte americana traçou alguns parâmetros para a dúvida razoável. Ela é menos do que uma dúvida substancial ou grave incerteza (*Cage v. Louisiana*, 1990), mas é mais que uma mera dúvida possível (*Sandoval v. California*, 1994).

Aos poucos, o melhor *standard*, “para além da dúvida razoável”, vem sendo incorporado em nosso sistema. Na Ação Penal nº 470, por exemplo, houve 58 referências à expressão “dúvida razoável”.¹² O Ministro Luiz Fux, durante o julgamento, bem enquadrou a questão da exigência de prova para a condenação, discorrendo que o *standard* de condenação criminal “*não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações da defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da 'dúvida razoável' em 'certeza absoluta'.*” (STF, Plenário, AP 470, 2012, fls. 53.118-53.119).

3.1.4. Autoria no contexto da nova criminalidade

Os delitos consequentes da moderna criminalidade (como crimes macroeconômicos e societários) possuem algumas características peculiares, erigindo novas questões, inclusive em torno de autoria, conforme já se vem reconhecendo e enfrentando, por exemplo, em relação a discussões acerca da “denúncia geral”, em contraposição à genérica, e da aplicação da teoria do domínio do fato em relação crimes societários.

Tais delitos constituem fenômeno criminológico próprio a demandar arcabouço hermenêutico específico. Aliás, foi a tentativa de estender a dogmática tradicional, aplicável aos crimes “comuns”, à seara dos crimes modernos que demonstrou a

¹² DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 274. No capítulo 8, o *standard* de prova para condenação criminal é analisado.

sua insuficiência e à necessária revisão de alguns conceitos nesse campo.

A doutrina e a jurisprudência têm mostrado avanços nessa questão, interessando-nos aqui, especificadamente, a questão da autoria em crimes praticados no âmbito de organizações empresariais.

Em crimes dessa modalidade, pertinente o destacado pelo Juiz Federal Sergio Eduardo Cardoso, em sentença proferida nos Autos nº 0000327-29.2002.404.7209, no sentido de que *“ao contrário dos chamados crimes de sangue, cuja autoria é direta e imediatamente apreendida a partir da ação quase instantânea, os crimes de colarinho branco, dentre os quais figura o dos presentes autos, exige instrumentos técnico-jurídicos inerentes a uma dogmática que dialogue com as características peculiares das organizações corporativas contemporâneas”*.¹³

Nesse sentido, decisões judiciais importantes em relação a crimes praticados por organizações criminosas e no âmbito de organizações empresariais vêm incorporando e desenvolvendo não somente **a teoria do domínio do fato** como também uma de suas vertentes específicas, **a teoria do domínio da organização**.

Consoante aponta a mais moderna doutrina, a teoria do domínio do fato, desenvolvida sobretudo a partir das formulações de Claus Roxin, possibilita mais acertada distinção entre autor e partícipe, permitindo melhor compreensão da coautoria e da figura do autor mediato. De acordo com essa teoria, nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias:

Autor é, segundo esta concepção e de forma sintética e conclusiva, quem domina o facto, quem dele é “senhor”, quem toma a execução “nas suas próprias mãos” de tal modo que dele depende decisivamente o se e o como da realização típica; nesta precisa acepção se podendo afirmar que o autor é a figura central do acontecimento. Assim se revela e concretiza a procurada síntese, que faz surgir o fato como unidade de sentido objectiva-subjectiva: ele aparece, numa sua vertente como obra de uma vontade que dirige o acontecimento, noutra vertente como fruto de uma contribuição para o acontecimento dotada de um determinado peso e significado objectivo.¹⁴

13 Juiz Federal Substituto da 1ª Vara Federal de Jaraguá do Sul/SC em sentença publicada em 22/3/2012, fls. 798-800-v.

14 DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 765/766.

Segue o doutrinador, reproduzindo os ensinamentos de Roxin, demonstrando que o domínio do fato, que determina a responsabilização do agente por autoria, pode se dar de três maneiras:

O agente pode dominar o facto desde logo na medida em que é ele próprio quem procede à realização típica, quem leva a cabo o comportamento com seu próprio corpo (é o chamado por Roxin **domínio da acção** que caracteriza a autoria imediata). Mas pode também dominar o facto e a realização típica mesmo sem nela fisicamente participar, quando domina o executante através de coacção, de erro ou de um aparelho organizado de poder (quando possui o **domínio da vontade** do executante que caracteriza a autoria mediata). Como pode ainda dominar o facto através de uma divisão de tarefas com outros agentes, desde que, durante a execução, possua uma função relevante para a realização típica (possuindo o que Roxin chamou o **domínio funcional do facto** que constitui o signo distintivo da co-autoria)¹⁵.

Duas conclusões nos interessam do trecho transcrito: 1) a realização pessoal dos elementos do tipo sempre caracteriza autoria, seja na vertente domínio de acção ou domínio funcional do fato; e 2) no âmbito do domínio da vontade, a atuação do autor mediato perante o imediato pode se dar por três formas distintas: coacção, erro ou **por meio de um aparelho organizado de poder**.

Na última das modalidades de autoria mediata, a chamada teoria do domínio da organização, o autor mediato responde juntamente, em coautoria, com o executante da ordem (autor pelo domínio da acção). Nas palavras de Luís Greco e Alaor Leite:

Há, além das acima mencionadas, uma situação adicional, mais notória e menos questionada de autoria mediata por meio de um instrumento plenamente responsável. Trata-se da terceira forma de autoria mediata: além do domínio sobre a vontade de um terceiro por meio de erro ou de coacção, propõe Roxin, de forma original, que se reconheça a possibilidade de domínio por meio de um aparato organizado de poder, categoria que ingressou na discussão em artigo publicado por Roxin em 1963 na revista *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, e que é objeto constante das manifestações de Roxin. Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados.

Em que pese Roxin seja contrário à aplicação da teoria do

15 *Idem*, p. 767/768.

domínio da organização no âmbito empresarial, por entender que somente se amolda a organizações dissociadas da ordem jurídica¹⁶, é fato que a teoria foi desenvolvida de forma autônoma por vários outros doutrinadores, assim como foi aplicada de forma autônoma de sua formulação original pela jurisprudência, inclusive em países como a própria Alemanha, de forma a se reconhecer que há forte corrente doutrinária que hoje admite tal possibilidade.

Nesse sentido, Bruna Martins Amorim Dutra não apenas aponta que referida teoria é aplicada para dirigentes de empresas pelo próprio Superior Tribunal Alemão¹⁷, como defende tal possibilidade no âmbito doutrinário e indica que assim vem sendo aplicada pelos tribunais brasileiros:

Conforme é sabido, a teoria do domínio do fato ou teoria objetivo-subjetiva, pioneiramente apresentada por Hans Welzel na obra *Studien zum system des strafrechts* e desenvolvida por Roxin em sua monografia *Täterschaft und Tatherrschaft*, propugna que é autor aquele que realiza um aporte relevante para o cometimento do crime e possui o ânimo de dirigir a realização do fato. Trata-se de um conceito ontológico, uma vez que deriva da realidade fática. Em síntese, o autor delitivo seria aquele que detivesse o efetivo controle do fato criminoso, sendo “*señor y dueño de su decisión y su ejecución, y con esto, dueño y señor de ‘su’ hecho, al cual le da forma conscientemente en su existencia y en su forma*” (Welzel, 2007, p. 82-83).

Por conseguinte, os requisitos caracterizadores do domínio do fato em virtude do domínio da organização devem ser estabelecidos de modo a viabilizar a identificação do controle da empreitada criminosa por parte do dirigente da estrutura de poder, sob os pontos de vista objetivo e subjetivo. Nesse contexto, conforme defende Kai Ambos (1999, p. 133-165), a desvinculação do aparato em relação ao ordenamento jurídico não parece ser um pressuposto indispensável para a configuração do domínio da organização.

Argumenta Claus Roxin (2000, p. 276-278) que, nas organizações associadas ao Direito, existiria a devida expectativa de que as ordens ilícitas não fossem cumpridas, motivo pela qual não haveria substitutibilidade dos executores, uma vez que estes deveriam ser recrutados individualmente para o plano delitivo. Todavia, tal sustentação recai no próprio requisito da fungibilidade, demonstrando ser este o verdadeiro fator imprescindível para a caracterização do

16 Nesse sentido, vale destacar que a preocupação central de Roxin é a questão da responsabilização dentro de estruturas estatais, tendo desenvolvido sua teoria sobretudo em relação à responsabilização penal dos líderes nazistas.

17 DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A aplicabilidade da Teoria do Domínio da Organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira**, in *Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições Criminológicas Político-Criminais e Dogmáticas*. Organizador: Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: ESMPU, 2011. p. 231. Nesse sentido, a autora conclui que “a jurisprudência do Superior Tribunal Federal alemão se pacificou no sentido de admitir a aplicabilidade da construção roxiniana aos casos de delinquência empresarial, conquanto que satisfeitos os requisitos para a configuração do domínio da organização pelo dirigente da empresa”.

domínio da organização.

Com efeito, é a fungibilidade dos executores que permite identificar o funcionamento automático da organização, de modo que “o atuante imediato é apenas uma roldana substituível dentro das engrenagens do aparato de poder” (Roxin, 2008, p. 324). Assim, malgrado o destinatário da ordem ilícita seja livre – ao contrário do que ocorre no domínio do erro, da coação e da inimputabilidade –, sua negativa em cumpri-la não frustra o projeto do dirigente, visto que pode ser imediatamente substituído por alguém que, com domínio da ação, aceitará sua execução. Portanto, satisfeito esse requisito, é possível afirmar que o homem de trás possui o domínio do fato em virtude do domínio da organização, independentemente de estar ou não a estrutura de poder dissociada do Direito, sendo autor mediato por deter o controle da empreitada criminosa sob os pontos de vista objetivo e subjetivo.

Assentadas tais premissas, concluímos, em oposição à doutrina estrangeira predominante, que a teoria do domínio da organização pode ser aplicada aos casos de criminalidade empresarial, conquanto se comprove o domínio concreto do fato delituoso por parte do empresário, nos moldes expostos acima, ou seja, considerando que o conceito de autor é ontológico, uma vez demonstrado que a empresa é dotada de organização e que o êxito do plano delitivo do seu dirigente restava assegurado pela fungibilidade dos executores, forçoso reconhecer a configuração da autoria de escritório.¹⁸

No mesmo sentido, a posição do professor Paulo César Busato:

A outra condição que traz Roxin, no entanto, entendo seja questionável. Pretende o autor que os casos de aplicação do critério sejam identificados em estruturas de poder organizado à margem do direito.

Aqui o tema suscita fortes dúvidas. A começar pelos próprios exemplos utilizados por Roxin, a saber: o caso dos atiradores do Muro de Berlim. Ora, o que é questionável, dentro da posição deles, não é estarem ou não ajustados ao direito, pois, na verdade, estão cumprindo perfeitamente as ordens que sua organização jurídica determina, ainda que estas ordens sejam claramente injustas. O mesmo pode-se dizer, inclusive, do caso Eichmann.

Por outro lado, é forçoso admitir que tal critério é artificial e não corresponde à realidade criminológica. Ele visa tão somente apartar do âmbito da discussão sobre o reconhecimento da autoria a figura da empresa que, não obstante seja evidentemente constituída de uma forma diferente, por exemplo, das máfias ou organizações criminosas, em determinado momento, pode perfeitamente organizar-se e estruturar-se em torno da realização de crimes.

Portanto, a posição que entendo correta é que a responsabilidade em aparatos de poder organizados admite a figura do autor por trás do autor a despeito de que o fato incriminado se desenvolva em um

¹⁸ DUTRA, *idem*, p. 232/233. Vale ressaltar que a autora defende tal entendimento tão somente para condutas comissivas, e não omissivas, do dirigente. Quanto à jurisprudência nacional, mais à frente, a fls. 236, assevera: “A jurisprudência nacional, portanto, não obstante o entendimento doutrinário predominante em contrário, tem seguido a orientação do Superior Tribunal Federal alemão ao admitir a extensão da construção roxiniana a organizações que atuem no âmbito da licitude, como as empresas”.

aparato que atue à margem do direito. Isso inclui, sem dúvidas, o âmbito das empresas.¹⁹

Some-se a isso a observação de que, em que pese os agentes de crimes praticados em circunstâncias semelhantes ao do caso concreto integrem pessoas jurídicas lícitas, em verdade eles podem constituir verdadeiros núcleos de organizações criminosas endógenos, dedicados à realização de atividades ilícitas no seio das empresas.

Nesse sentido, em sua dissertação de mestrado, José Carlos Portella Junior bem sublinhou o entendimento de que, para o reconhecimento do domínio da organização em estruturas empresariais no que se refere ao requisito da “desvinculação ao direito”, basta a referência à realização de ato à margem do direito, independentemente de a organização, em si, estar constituída de forma legal:

Há divergência na doutrina penal acerca da exigência da desvinculação do direito do aparato de poder. Contra esse requisito sugerido por Roxin, posiciona-se Kai Ambos, amparado na decisão da Suprema Corte Alemã no caso dos 'Atiradores do Muro', para quem basta a atuação do aparato organizado à margem da lei, mas não é necessário que ele em si mesmo não seja reconhecido pelo direito.

Do mesmo modo, Eva Fernández Ibáñez, com espeque na tese de Muñoz Conde e Nuñez Castaño, entende que a desvinculação do direito não se afigura como requisito *sine qua non* para a determinação da autoria mediata em aparatos organizados de poder, visto que nada há que demonstre que o domínio da vontade do 'autor de escritório' mediante um aparato organizado de poder se estabelece em razão da desvinculação jurídica da organização. Segundo ela, a hierarquia, a fungibilidade do executor e, conseqüentemente, o automatismo não desaparecem pelo conhecimento do autor imediato de que as condutas serão executadas em um aparente marco de legalidade. O domínio do fato pelo autor mediato se dá não em razão da legalidade ou não da organização *in se*, mas sim, concretamente, a partir do domínio dos processos causais, como a hierarquização, a fungibilidade e o automatismo existentes na organização.

(...)

Por fim, quanto ao requisito da desvinculação do direito, ainda que sua aceitação também seja controvertida na doutrina penal, pode-se entendê-lo, no que concerne à organização empresarial, como critério vinculado à realização do ato à margem do direito, isto é, no caso da exploração de trabalho escravo, a sujeição dos trabalhadores a regime de negação da sua condição humana, seja cerceando sua liberdade, seja submetendo-os a trabalhos forçados ou em condições degradantes. Assim, em que pese a organização empresarial ser um aparato de poder reconhecido pelo direito, a exploração do trabalho escravo, como modelo de produção, está fora da 'ordem jurídica' pátria e também é contrária ao Direito Internacional (como visto no capítulo 1

19 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 716/717.

deste trabalho).

(...)

Elena Núñez Castaño entende que se pode afastar a exigência da desvinculação do direito para a aplicação da teoria dos aparatos organizados de poder à criminalidade de empresa, pois, segundo ela, no atual estágio da economia competitiva, está cada vez mais difícil verificar os limites entre uma estratégia de mercado legal e outras condutas criminosas que tenham como fim aumentar a competitividade da empresa. Assim, ela percebe que várias atividades empresariais se desenvolvem na ilegalidade, embora a empresa tenha fins lícitos (a autoria cita como exemplo dessa realidade a sonegação de impostos, crimes financeiros, crimes contra o meio ambiente, entre outros).²⁰

Admitida essa premissa, tem-se que o autor mediato, no caso, serve-se da estrutura empresarial que domina para determinar a atuação do ator imediato que, em que pese fungível, opta dolosamente por praticar a conduta:

O domínio do fato do “homem de trás” dentro do aparato é importante para a eventual substituição de autores na execução do delito, mas também para o convencimento do engajamento na organização, sendo estas duas importantes e diferentes situações. Consequentemente a integração à organização torna-se algo como uma tendência, esperando-se que o membro nela se engaje. Este pode ser um raciocínio utilizado para que os integrantes atuem diretamente por si só e não se fixem no significado da sua conduta. O significado de uma organização é também de crescimento interno, como o desenvolvimento em carreira, necessidade de valoração, de ideologia deslumbrante ou também de impulso criminológico, acreditando-se poder, impunemente, integrar uma organização ilegal. Então resulta que o integrante se divide internamente assumindo o seguinte convencimento: “Se eu não fizer, um outro o fará”. Por fim há também circunstâncias que embora não necessárias – ou de justificativas equivocadas do homem de trás, em determinadas situações, em algum ponto de aproximam: a conscientização e a vontade do executor escapam um pouco (são desviadas) em face da abrangência da situação que se afigura, como o desprezo de seus colegas ou outras questões sociais paralelas, ou o cálculo de que apesar do objetivo ilegal e a sua potencial punibilidade, “ordens superiores” devem ser cumpridas. Mas mesmo com estes distintos e variados fatores possíveis, a culpa e a responsabilidade dos coparticipes não se excluem. Suas consequências somente, eventualmente, pouco se reduzem; e, em pelo menos uma característica até mesmo aumentam, direcionando-se para um ponto em comum: eles quiseram se tornar membros e se integrar àquela organização desenvolvida e previamente constituída, e que, à parte de sua possível substituição pelo “homem de trás”, com ele estabeleceu uma base de segurança sob a assertiva da recíproca confiança. Segue-se a interessante colocação de Claus Roxin:

20 PORTELLA JUNIOR, José Carlos. **A responsabilidade penal dos dirigentes de empresa por crime de trabalho escravo: uma abordagem a partir das perspectivas dogmáticas atuais de imputação no Direito Penal Econômico**. Curitiba: 2013. p. 126/133.

“(...?) Según mi concepción, aquí es autor mediato todo aquel que está colocado en la palanca de un aparato de poder -sin importar el nivel jerárquico – y que a través de órdenes puede dar lugar a delitos en los cuales no importa la individualidad del ejecutante. ‘Luego, la “fungibilidad”, es decir, la posibilidad ilimitada de reemplazar al autor inmediato, es lo que garantiza al hombre de atrás la ejecución del hecho y le permite dominar los acontecimientos. El actor inmediato solamente es un “engrenaje” reemplazable en la maquinaria del aparato de poder. Esto no cambia para nada el hecho de que quien finalmente ejecute de propiamano el homicidio sea punible como autor inmediato. Pese a todo, los dadores de la orden ubicados en la palanca del poder son autores mediatos, pues la ejecución del hecho, a diferencia de la inducción, no depende de la decisión del autor inmediato. Dado que la autoría inmediata del ejecutante y la mediata del hombre de atrás descansan en presupuestos diferentes -la primera, en la propia mano, la segunda en la dirección del aparato- pueden coexistir tanto lógica como teleológicamente, pese a lo que sostiene una difundida opinión contraria. La forma de aparición del autor mediato que se ha explicado constituye la expresión jurídica adecuada frente al fenómeno del “autor de escritorio”, el cual, sin perjuicio de su dominio del hecho, depende necesariamente de autores inmediatos’. El modelo presentado de autoría mediata no solamente alcanza a delitos cometidos por aparatos de Poder Estatal, sino también rige para la criminalidad organizada no estatal y para muchas formas de aparición del terrorismo.(...)”²¹

Tais conceitos são fundamentais em delitos macroeconômicos e societários, perpetrados no âmbito de estruturas empresariais com múltiplos executores e de cuja complexidade organizacional valem-se os criminosos, consoante reconhecido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no seguinte excerto do voto do relator da ACR 5014511-23.2011.404.7100, 8ª T., D.E. 15/4/2013, Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz:

Com efeito, a criminalidade contemporânea, sobretudo nos delitos ditos empresariais, é caracterizada, quase sempre, por um verdadeiro e intrincado sistema de divisão do trabalho delituoso no qual são repartidas, entre os agentes executores da ação criminosa, uma multiplicidade de tarefas, cada qual fundamental à consecução do fim comum. As categorias tradicionais de co-autor e partícipe, assim, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, não se mostram mais suficientes para a atribuição da responsabilidade penal individual. Foi assim que, a partir de uma formulação idealizada por Claus Roxin em sua monografia *Täterschaft und Tatherrschaft* ("Autoria e Domínio do Fato") para estabelecer a responsabilidade oriunda dos crimes cometidos pelo

21 MENDRONI, Marcelo Batlouni. Autoria pelo domínio do fato em organizações criminosas. Revista dos Tribunais. Vol. 937/2013. p. 437. Nov./2013. DTR20139843.

Estado nacional-socialista alemão, construiu-se o **conceito de autor mediato, ou seja, aquele que, atuando na cúpula da associação criminosa, dirige a intenção do agente responsável pela prática direta do ato delituoso. O autor mediato não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o domínio da organização**, que, segundo o vaticínio de Jorge de Figueiredo Dias, "*constituye una forma de dominio-de-la-voluntad que, indiferente a la actitud subjetivo-psicológica del específico ejecutor, no se confunde con el dominio-del error o con el dominio-de-la-coacción, integrando un fundamento autónomo de la autoría mediata*" (Autoría y Participación en el Dominio de la Criminalidad Organizada: el "Dominio de la Organización". In OLIVÉ, Juan Carlos Ferré e BORRALLO, Enrique Anarte. Delincuencia organizada - Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva: Universidad de Huelva, 1999). (grifei)

Isso é ainda mais relevante quando se depara com crimes praticados no seio de estruturas organizacionais em que o superior lança mão de expedientes mais complexos a fim de não só se afastar – na aparência – da cadeia causal de decisões e evitar responsabilizações, mas se ocultar. Nesse sentido, no julgamento da Ação Penal nº 470, a *Ministra Rosa Weber*, uma vez mais citada, destacou o entendimento de que, em crimes empresariais, há verdadeira presunção relativa da autoria dos respectivos dirigentes:

Mal comparando, nos crimes de guerra punem-se, em geral, os gerais estrategistas que, desde seus gabinetes, planejam os ataques, e não os simples soldados que os executam, sempre dominados pela subserviência da inerente subordinação. Do mesmo modo nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais. Ensina Raul Cervini:

"Por consiguiente, para la imputación es decisivo el dominio por organización del hombre de atrás. Su autoría mediata termina solo em aquel punto en el que 'faltan los presupuestos precisamente en esse dominio por organización'" (El Derecho Penal de La Empresa Desde Una Visión Garantista, Ed. Bdef, Montevideo, 2005, p. 145)

Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final.

Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. Volta-se ao magistério do uruguaio Raul Cervini:

"En ese caso, el ejecutor es un mero instrumento ciego del hombre de atrás y, entonces parece posible imputar la autoría mediata a éste." (ob. cit. p. 146)

Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção *juris tantum* de autoria.

O próprio direito positivado vem reconhecendo a atuação por domínio do fato em delitos complexos, podendo-se citar, como exemplo, o § 3º do artigo 2º da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13), que reconhece majorante àquele que exerce o comando da organização, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

Daí porque a acusação em tela foi dirigida também contra os reais controladores das empresas contra os quais havia prova de envolvimento nos crimes, sem prejuízo da atribuição de responsabilidade penal a outros agentes que com eles colaboraram praticando condutas fundamentais à obtenção da finalidade comum.

3.2. Corrupção Ativa e Passiva

3.2.1. Pressupostos teóricos estabelecidos pelo STF quanto aos crimes de corrupção – a problemática dos atos de ofício na AP 470

No julgamento da Ação Penal 470 (*Caso Mensalão*), a Suprema Corte brasileira travou amplo debate sobre as premissas teóricas dos crimes de corrupção ativa e passiva, fixando entendimento que passou a servir de parâmetro para casos futuros. As conclusões da corte máxima brasileira foram assim ementadas:

2. Premissas teóricas aplicáveis às figuras penais encartadas na denúncia:

(..)

2.7. Corrupção: ativa e passiva. Ao tipificar a corrupção, em suas modalidades passiva (art. 317, CP) e ativa (art. 333, CP), a legislação infraconstitucional visa a combater condutas de inegável ultraje à moralidade e à probidade administrativas, valores encartados na Lei Magna como pedras de toque do regime republicano brasileiro (art. 37, caput e § 4º, CRFB), sendo a censura criminal da corrupção manifestação eloquente da intolerância nutrida pelo ordenamento pátrio para com comportamentos subversivos da res publica nacional.

2.7.1. O crime da corrupção, seja ela passiva ou ativa, independe da efetiva prática de ato de ofício, já que a lei penal brasileira não exige referido elemento para fins de caracterização da corrupção.

consistindo a efetiva prática de ato de ofício em mera circunstância acidental na materialização do referido ilícito, o móvel daquele que oferece a peita, a finalidade que o anima, podendo até mesmo contribuir para sua apuração, mas irrelevante para sua configuração.

2.7.2. O comportamento reprimido pela norma penal é a pretensão de influência indevida no exercício das funções públicas, traduzida no direcionamento do seu desempenho, comprometendo a isenção e imparcialidade que devem presidir o regime republicano, não sendo, por isso, necessário que o ato de ofício pretendido seja, desde logo, certo, preciso e determinado.

2.7.3. O ato de ofício, cuja omissão ou retardamento configura majorante prevista no art. 317, § 2º, do Código Penal, é mero exaurimento do crime de corrupção passiva, sendo que a materialização deste delito ocorre com a simples solicitação ou o mero recebimento de vantagem indevida (ou de sua promessa), por agente público, em razão das suas funções, ou seja, pela simples possibilidade de que o recebimento da propina venha a influir na prática de ato de ofício. (grifamos)

Como se observa, boa parte da discussão se travou em relação ao “ato de ofício” a que alude o artigo 333 do Código Penal. Em que pese o artigo 317 não faça referência a esta elementar típica, a discussão a ele se estendeu em virtude do fato de se tratar de crimes bilaterais.

Apesar de a ementa acima transcrita bem sintetizar as premissas fixadas, vale transcrever, por sua clareza e completude, trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Luiz Fux, que as elucida:

CORRUPÇÃO PASSIVA, ATO DE OFÍCIO E “CAIXA DOIS”

Ao tipificar a corrupção, em suas modalidades passiva (art. 317, CP) e ativa (art. 333, CP), a legislação infraconstitucional visa a combater condutas de inegável ultraje à moralidade e à probidade administrativas, valores encartados na Lei Magna como pedras de toque do regime republicano brasileiro (art. 37, caput e § 4º, CRFB). A censura criminal da corrupção é manifestação eloquente da intolerância nutrida pelo ordenamento pátrio para com comportamentos subversivos da res publica nacional. Tal repúdio é tamanho que justifica a mobilização do arsenal sancionatório do direito penal, reconhecidamente encarado como ultima ratio, para a repressão dos ilícitos praticados contra a Administração Pública e os interesses gerais que ela representa.

Consoante a legislação criminal brasileira (CP, art. 317), configuram corrupção passiva as condutas de “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”. Por seu turno, tem-se corrupção ativa no ato de “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício” (CP, art. 333).

Destaque-se o teor dos dispositivos:

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Sobressai das citadas normas incriminadoras o nítido propósito de o legislador punir o tráfico da função pública, desestimulando o exercício abusivo dos poderes e prerrogativas estatais. Como evidente, o escopo das normas é penalizar tanto o corrupto (agente público), como o corruptor (terceiro). Daí falar-se em crime de corrupção passiva para a primeira hipótese, e crime de corrupção ativa para a segunda.

Ainda que muitas vezes caminhem lado a lado, como aspectos simétricos de um mesmo fenômeno, os tipos penais de corrupção ativa e passiva são intrinsecamente distintos e estruturalmente independentes, de sorte que a presença de um não implica, desde logo, a caracterização de outro. Isso fica evidente pelos próprios verbos que integram o núcleo de cada uma das condutas típicas. De um lado, a corrupção passiva pode configurar-se por qualquer das três ações do agente público: (i) a solicitação de vantagem indevida (“solicitar”), (ii) o efetivo recebimento de vantagem indevida (“receber”) ou (iii) a aceitação de promessa de vantagem indevida (“aceitar promessa”). De outro lado, a corrupção ativa decorre de uma dentre as seguintes condutas descritas no tipo de injusto: (i) o oferecimento de vantagem indevida a funcionário público (“oferecer”) ou (ii) a promessa de vantagem indevida a funcionário público (“prometer”).

Assim é que, se o agente público solicita vantagem indevida em razão da função que exerce, já se configura crime de corrupção passiva, a despeito da eventual resposta que vier a ser dada pelo destinatário da solicitação. Pode haver ou não anuência do terceiro. Qualquer que seja o desfecho, o ilícito de corrupção passiva já se consumou com a mera solicitação de vantagem. De igual modo, se o agente público recebe oferta de vantagem indevida vinculada aos seus misteres funcionais, tem-se caracterizado de imediato o crime de corrupção ativa por parte do ofertante. O agente público não precisa aceitar a proposta para que o crime se concretize. Trata-se, portanto, de ilícitos penais independentes e autônomos.

Essa constatação implica, ainda, outra.

Note-se que em ambos os casos mencionados não existe, para além da solicitação ou oferta de vantagem indevida, nenhum ato específico e ulterior por qualquer dos sujeitos envolvidos. A ordem jurídica considera bastantes em si, para fins de censura criminal, tanto a simples solicitação de vantagem indevida quanto o seu mero oferecimento a agente público. É que tais comportamentos já revelam, per se, o nítido propósito de traficar a coisa pública, cujo desvalor é intrínseco, justificando o apenamento do seu responsável.

Um exemplo prosaico auxilia a compreensão do tema. Um policial que, para deixar de multar um motorista infrator da legislação de trânsito, solicita-lhe dinheiro, incorre, de plano, no crime de corrupção passiva. O agente público sequer necessita deixar de aplicar a sanção administrativa para que o crime de corrupção se consuma. Basta que solicite vantagem em razão da função que exerce. De igual sorte, se o motorista infrator é quem toma a iniciativa e oferece dinheiro ao policial, aquele comete crime de corrupção ativa. O agente público não precisa aceitar a vantagem e deixar de aplicar a multa para, só após, o crime de corrupção ativa se configurar. Ele se materializa desde o momento em que houve a oferta de vantagem indevida para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Isso serve para demonstrar que o crime de corrupção (passiva ou ativa) independe da efetiva prática de ato de ofício. A lei penal brasileira, tal como literalmente articulada, não exige tal elemento para fins de caracterização da corrupção. Em verdade, a efetiva prática de ato de ofício configura circunstância acidental na materialização do referido ilícito, podendo até mesmo contribuir para sua apuração, mas irrelevante para sua configuração.

Um exame cuidadoso da legislação criminal brasileira revela que o ato de ofício representa, no tipo penal da corrupção, apenas o móvel daquele que oferece a peita, a finalidade que o anima. Em outros termos, é a prática possível e eventual de ato de ofício que explica a solicitação de vantagem indevida (por parte do agente estatal) ou o seu oferecimento (por parte de terceiro).

E mais: não é necessário que o ato de ofício pretendido seja, desde logo, certo, preciso e determinado. O comportamento reprimido pela norma penal é a pretensão de influência indevida no exercício das funções públicas, traduzida no direcionamento do seu desempenho, comprometendo a isenção e imparcialidade que devem presidir o regime republicano.

Não por outro motivo a legislação, ao construir linguisticamente os aludidos tipos de injusto, valeu-se da expressão “em razão dela”, no art. 317 do Código Penal, e da preposição “para” no art. 330 do Código Penal. Trata-se de construções linguísticas com campo semântico bem delimitado, ligado às noções de explicação, causa ou finalidade, de modo a revelar que o ato de ofício, enquanto manifestação de potestade estatal, existe na corrupção em estado potencial, i.e., como razão bastante para justificar a vantagem indevida, mas sendo dispensável para a consumação do crime.

Voltando ao exemplo já mencionado, pode-se dizer que é a titularidade de função pública pelo policial que explica a solicitação abusiva por ele realizada ao motorista infrator. Não fosse o seu poder de aplicar multa (ato de ofício), dificilmente sua solicitação seria recebida com alguma seriedade pelo destinatário. Da mesma forma, é

a simples possibilidade de deixar de sofrer a multa (ato de ofício) que explica por que o motorista infrator se dirigiu ao policial e não a qualquer outro sujeito. Em ambos os casos, o ato de ofício funciona como elemento atrativo ou justificador da vantagem indevida, mas jamais pressuposto para a configuração da conduta típica de corrupção.

Não se pode perder de mira que a corrupção passiva é modalidade de crime formal, assim compreendidos aqueles delitos que prescindem de resultado naturalístico para sua consumação, ainda que possam, eventualmente, provocar modificação no mundo exterior, como mero exaurimento da conduta criminosa. O ato de ofício, no crime de corrupção passiva, é mero exaurimento do ilícito, cuja materialização exsurge perfeita e acaba com a simples conduta descrita no tipo de injusto.

Em síntese: o crime de corrupção passiva configura-se com a simples solicitação ou o mero recebimento de vantagem indevida (ou de sua promessa), por agente público, em razão das suas funções, ou seja, pela simples possibilidade de que o recebimento da propina venha a influir na prática de ato de ofício. Já o crime de corrupção ativa caracteriza-se com o simples oferecimento de vantagem indevida (ou de sua promessa) a agente público com o intuito de que este pratique, omita ou retarde ato de ofício que deva realizar. Em nenhum caso a materialização do ato de ofício integra a estrutura do tipo de injusto.

Antes que se passe à análise das particularidades do caso sub examine, mister enfrentar uma construção muitas vezes brandida da tribuna que, não fosse analisada com cautela, poderia confundir o cidadão e embaraçar a correta compreensão do ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se do argumento – improcedente, já adianto – de que, fosse o ato de ofício dispensável no crime de corrupção passiva, os Ministros do Supremo Tribunal Federal seriam todos criminosos por receberem com alguma frequência livros e periódicos de editoras e autores do meio jurídico. Noutras palavras, a configuração do crime de corrupção passiva, tal como articulado por alguns advogados, dependeria da demonstração da ocorrência de um certo e determinado ato de ofício pelo titular do munus público.

A estrutura do raciocínio é típica dos argumentos ad absurdum, amplamente conhecidos e estudados pela lógica formal. Assume-se como verdadeira determinada premissa e dela se extraem consequências absurdas ou ridículas, o que sugere que a premissa inicial deva estar equivocada.

Ocorre que, in casu, a reductio ad absurdum não tem o condão de infirmar a conclusão quanto à desnecessidade de efetiva prática de ato de ofício para configuração do crime de corrupção passiva.

Com efeito, a dispensa da efetiva prática de ato de ofício não significa que este seja irrelevante para a configuração do crime de corrupção passiva. Consoante consignado linhas atrás, o ato de ofício representa, no tipo penal da corrupção, o móvel do criminoso, a finalidade que o anima. **Daí que, em verdade, o ato de ofício não precisa se concretizar na realidade sensorial para que o crime de corrupção ocorra. É necessário, porém, que exista em potência, como futuro resultado prático pretendido, em comum, pelos sujeitos envolvidos (corruptor e corrupto). O corruptor deseja influenciar, em seu próprio favor ou em benefício de outrem. O corrupto “vende” o ato em resposta à vantagem indevidamente recebida. Se o ato de**

ofício “vendido” foi praticado pouco importa. O crime de corrupção consuma-se com o mero tráfico da coisa pública.

(trecho do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux no Acórdão da Ap. 470/MG do Supremo Tribunal Federal – páginas 1518/1524 de 8.405) – grifos nossos).

No mesmo voto, prossegue o ilustrado ministro adiante:

Nesse cenário, **quando a motivação da vantagem indevida é a potencialidade de influir no exercício da função pública, tem-se o preenchimento dos pressupostos necessários à configuração do crime de corrupção passiva. Como já exaustivamente demonstrado, a prática de algum ato de ofício em razão da vantagem recebida não é necessária para a caracterização do delito. Basta que a causa da vantagem seja a titularidade de função pública.** Essa circunstância, per se, é capaz de vulnerar os mais básicos pilares do regime republicano, solidamente assentado sobre a moralidade, a probidade e a impessoalidade administrativa. **De qualquer sorte, ainda que despiciendo seja o ato de ofício, as regras da experiência comum, que integram o iter do raciocínio jurídico discursivo, indicam que o “favor” será cobrado adiante, em forma de sujeição aos interesses políticos dos que o concederam. Por isso, é mesmo dispensável a indicação de um ato de ofício concreto praticado em contrapartida ao benefício auferido, bastando a potencialidade de interferência no exercício da função pública. A comprovação da prática, omissão ou retardamento do ato de ofício é apenas uma majorante, prevista no § 2º do art. 317 do Código Penal.**

Não obsta essa conclusão o fato de o agente público destinar vantagem ilícita recebida a gastos de titularidade do partido político. Com efeito, o animus rem sibi habendi se configura com o recebimento “para si ou para outrem”, nos termos do caput do art. 317 do CP. (...)”

(trecho do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux no Acórdão da Ap. 470/MG do Supremo Tribunal Federal – páginas 1529/1530 de 8.405) – grifos nossos.

Dessa forma, podem-se agrupar as premissas teóricas fixadas pela Suprema Corte nos seguintes tópicos, com os comentários pertinentes:

a) A consumação dos crimes de corrupção ativa e passiva prescinde da efetiva prática ou omissão de ato de ofício pelo funcionário público corrompido. O que se exige é um vínculo entre a oferta/proessa e aceitação/recebimento da vantagem indevida e a possível atuação funcional, comissiva ou omissiva, do agente. Portanto, o “ato de ofício”, entendido como ato funcional, caracteriza-se como móvel que anima as condutas no delito de corrupção;

b) Por esse prisma, não é necessário que essa motivação da corrupção se refira a um ato de ofício certo, preciso e determinado. Basta que o corruptor pretenda influenciar indevidamente o exercício das funções públicas do corrupto. O cerne da corrupção é, nesse sentido, o “tráfico da função pública”;

Nesse sentido, em seu voto, o eminente Ministro Dias Toffoli destacou que o entendimento da corte acolhe posição doutrinária de alguns dos mais renomados juristas do país, valendo a citação:

Note-se que a conduta descrita, na interpretação agora dominante perante o Supremo Tribunal Federal (a orientar o comportamento de todos os agentes públicos e políticos indistintamente), se adéqua ao tipo imputado aos parlamentares, na medida em que a solicitação da vantagem, na espécie, estaria motivada pela função pública por eles exercida, o que basta para configurar a relação de causalidade entre ela e o fato imputado.

Nessa linha, a doutrina de *Bitencourt*, esclarecendo que “*a corrupção passiva consiste em solicitar, receber, ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer, sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas, solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá*” (Código Penal Comentado. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1182).

Dessa óptica, desnecessário para a configuração do tipo a vinculação entre a prática de um ato de ofício de competência dos réus e o recebimento da eventual vantagem indevida, pois, conforme sustenta *Guilherme de Souza Nucci*, “*a pessoa que fornece a vantagem indevida pode estar preparando o funcionário para que, um dia, dele necessitando, solicite, algo, mas nada pretenda no momento da entrega do mimo*”. Entende, ainda, que essa circunstância configura “*corrupção passiva do mesmo modo, pois fere a moralidade administrativa (...)*” (Código Penal comentado. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1111).

No mesmo sentido, são os ensinamentos de *Luiz Regis Prado*: “[*O ato de ofício objeto do delito de corrupção passiva não deve restar desde o início determinado, ou seja, não é necessário que no momento em que o funcionário solicita ou recebe a vantagem o ato próprio de suas funções esteja individualizada em todas as suas características. Basta apenas que se possa deduzir com clareza qual a classe de atos em troca dos quais se solicita ou se recebe a vantagem indevida, isto é, a natureza do ato objeto da corrupção*” (Curso de Direito Penal Brasileiro. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 3, p. 443).

Note-se que os elementos constantes dos autos refletem o entendimento doutrinário agora acolhido pela jurisprudência maior sobre a questão, pois, embora não se possa provar a existência da prática de um ato de ofício específico de competência dos réus ou o recebimento da eventual vantagem indevida, é possível deduzir-se

com clareza que a dádiva solicitada visava ao apoio financeiro ao partido ao qual os citados parlamentares estavam filiados, pois, conforme bem destacou o Ministro Relator em seu voto, “*não havia qualquer razão para este auxílio financeiro do Partido dos Trabalhadores ao Partido Progressista senão o fato dos denunciados agora em julgamento exercerem mandato parlamentar*”.

(trecho do voto do Ministro Dias Toffoli no julgamento da AP. 470/MG – páginas 4229/4330 de 8405)²²

Aqui cabe uma observação. Como bem aponta José Paulo Baltazar Junior, o objeto tutelado pela incriminação das práticas de corrupção é o regular e normal funcionamento da administração pública²³, que, por prescrição constitucional é guiado pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Assim, a interpretação da Suprema Corte é absolutamente consentânea com o objetivo da norma incriminadora, assegurando que se evite a mercancia da função pública de qualquer espécie²⁴.

Caso se entendesse que, para a configuração do delito de corrupção, seria exigível que a vantagem indevida visasse a um ato funcional específico, estar-se-ia conferido ampla permissão para que os servidores públicos negociassem suas funções em favor dos interesses do corruptor, comprometendo sua imparcialidade e probidade administrativas, como ocorreu no caso. Isso equivaleria a conferir ao funcionário público uma

22 Também o *Ministro Celso de Mello* fez apanhado doutrinário sobre o tema, consoante se observa nas páginas 4475/4480 de 8.405 do referido acórdão.

23 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 118 e 168.

24 Nesse sentido, a observação de BECHARA, destacada por ALAMIRO, em relação ao julgamento da Suprema Corte: “Bechara, assumindo esta posição como correta, faz, com menções ao direito penal espanhol, o seguinte comentário a respeito do delito de corrupção e a interpretação que lhe foi conferida pelo STF na APn 470/MG: *‘A expressão ‘em razão da função’ contida na norma penal deve interpretar-se no sentido de que a razão ou o motivo da vantagem indevida seja a condição de funcionário público da pessoa corrompida, isto é, que em razão da especial condição e poder que o cargo público desempenhado lhe outorga tenha sido oferecida ao funcionário a vantagem objeto do delito, de tal forma que, se de algum modo tal função não fosse ou viesse a ser desempenhada pelo sujeito, o particular não lhe entregaria ou prometeria tal vantagem. A interpretação dada pelo STF ao crime de corrupção passiva não só soa correta sob o ponto de vista da legalidade como acompanha a tendência internacional atual em matéria de corrupção. Assim, a título ilustrativo, em 2010 o Supremo Tribunal espanhol adotou igual entendimento no caso Camps, vinculado ao emblemático caso Gürtel. A decisão espanhola revela um referencial metodológico distinto, que facilitou a compreensão dos julgadores: o Código Penal espanhol estabelece uma gradação da punição da corrupção passiva, dividida em própria (que exige nexos causal entre a vantagem indevida recebida e o ato de ofício praticado pelo funcionário) e imprópria (que implica punições menos severas quando houver a prática de ato de ofício sem infringência de dever funcional ou, ainda, quando ocorrer a solicitação ou recebimento da vantagem indevida em razão da função, independentemente da prática de ato concreto)’*”. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O ato de ofício como elemento para caracterizar o crime de corrupção. *Valor Econômico*. São Paulo, 30.04.2013, p. A7.” *apud*, SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG**. Revista dos Tribunais: Vol. 933/2013. p. 47/59. jul/2013.

carta branca para receber vantagens indevidas em razão do cargo, desde que elas não fossem vinculadas a um ato determinado.

Nesse sentido, ecoando os parâmetros interpretativos fixados pela Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça recentemente já destacou que a pretensão de exigência de vinculação do crime a um ato específico contraria a própria essência da mercancia da função pública que se pretende combater:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. NULIDADE. MAGISTRADO SUBSTITUTO. RETORNO DOS AUTOS AO RELATOR ORIGINÁRIO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INOCORRÊNCIA. EXAURIMENTO DA COMPETÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

(...)

7. O crime de corrupção passiva é formal e prescinde da efetiva prática do ato de ofício, sendo **incabível a alegação de que o ato funcional deveria ser individualizado e indubitavelmente ligado à vantagem recebida, uma vez que a mercancia da função pública se dá de modo difuso, através de uma pluralidade de atos de difícil individualização.**

(...)

(STJ – Quinta Turma – Relator: Min. Gurgel de Faria – RHC 48400 – Julgamento: 17/03/15 – DJE: 30/03/15 - grifos nossos)

Portanto, no caso em análise, de acordo com o esquema de corrupção denunciado, suficiente comprovar que os gestores e agentes das empreiteiras (no caso, a ANDRADE GUTIERREZ e a ENGEVIX) ofereciam e prometiam vantagens indevidas com a finalidade de influenciar, em seu favor, a atuação funcional de OTHON LUIZ, que, por sua vez, aceitava tais promessas em troca do desempenho de suas funções públicas.

c) Como decorrência disso, basta que a promessa/oferta e aceitação/recebimento de vantagem indevida se dê na perspectiva de um eventual e futuro ato (que pode até não ocorrer concretamente), comissivo ou omissivo, que se insira no rol dos poderes de fato do funcionário.

Nesse sentido, o então relator, eminente Ministro Joaquim Barbosa, bem pontuou o significado da expressão “ato de ofício” na fórmula legal:

Assim, como elemento normativo do tipo, o “ato de ofício” deve ser representado no sentido comum, como o representam os leigos, e não em sentido técnico-jurídico.

No caso, é evidente que a prática de ato de ofício por parlamentares envolvia todas as suas atribuições na Câmara dos Deputados, no exercício da função parlamentar, em especial o voto e a orientação de voto em prol do interesse dos acusados de corrupção ativa.

Nesse sentido, o eminente Ministro Ilmar Galvão, no histórico leading case dessa Corte, produzido na Ação Penal 307, já havia fixado que basta, para os fins dos tipos penais dos artigos 317 e 333 do Código Penal que o “ato subornado caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente” (RTJ 162, n. 1, p. 46/47). (trecho do voto do Min. Relator Joaquim Barbosa na AP 470/MG – página 3680 de 8405)

Na mesma linha, o já citado Gustavo de Oliveira Quandt sinaliza a necessidade de que a expressão “ato de ofício” abranja todos os atos materiais que estejam ao alcance do servidor corrompido, integrem eles ou não suas atribuições funcionais regulamentares:

A maior parte das definições propostas associa o ato de ofício à esfera de atribuições do funcionário: assim, para o Min. Celso de Mello, o ato de ofício “*deve obrigatoriamente incluir-se no complexo de suas [do funcionário] atribuições funcionais*” ou estar “*inscrito em sua esfera de atribuições funcionais*”.

Essas definições têm o duplo defeito de supor esperadamente que, para cada cargo, emprego ou função pública, o feixe de atos a eles inerentes seja bem delimitado, e de deixar impunes as aceitações e promessas de vantagens voltadas à prática de atos materiais ao alcance do sujeito, mas que não compõem exatamente suas atribuições. Pense-se no serventuário da justiça lotado no cartório da vara que aceita propina para alterar a ordem de armazenamento dos autos dos processos conclusos para sentença no gabinete do juiz, sabendo que essa ordem corresponde à ordem em que os processos serão julgados. Uma vez que essa ordenação não é atribuição do funcionário corrupto, esse fato haveria de permanecer impune.”²⁵

Interessante e pertinente, nesse sentido, a sugestão do professor Alamiro Velludo Salvador Netto, de que, quanto maior a margem de atuação e discricionariedade do funcionário corrompido, menor a necessidade de se individualizar o ato negociado entre os agentes, dada a ampla gama de poderes de fato que funcionários de alto

25 QUANDT, *Ibidem*.

escalão dispõem:

Sobre este ponto, talvez uma ideia possa ser lançada. A dependência existente entre o delito de corrupção e a prática de ato de ofício correlata é diretamente proporcional ao grau de discricionariedade que detém o cargo ocupado pelo servidor público. Isto é, nos casos de funcionários com estreitas margens de atuação, como, por exemplo, a prática de restritos atos administrativos vinculados, parece ser mais crucial a preocupação, até em nome da segurança jurídica, com a relação (o sinalagma) entre vantagem indevida e ato de ofício praticado. Já em cargos nitidamente políticos aflora com maior clareza esta ilícita mercancia com a função, em si mesma considerada, esvaindo-se a dependência pontual entre a benesse e o exercício de algum ato.²⁶

Exemplificativamente, se a oferta de vantagem indevida é feita a agente público em situação de emissão de multa em decorrência de tráfego em excesso de velocidade, a necessidade de indicar o ato de ofício almejado é maior tendo em vista os limites restritos de atuação do servidor no caso. Já na hipótese dos autos, em que se prometiam/ofereciam vantagens indevidas ao principal funcionário da ELETRONUCLEAR, seu então diretor-presidente OTHON LUIZ, servidor dotado de ampla gama de poderes e influência na companhia, para que praticasse todo ato eventualmente interessante ao cartel de empresas, tal exigência é amainada, eis que diversos os atos funcionais que daí poderiam ocorrer ou efetivamente ocorreram.

d) Considerando que, para a caracterização do crime, basta a mercancia de atos que se insiram no rol de poderes de fato do funcionário, não há necessidade de que o ato ou omissão pretendido seja ilícito, conforme bem explanou o então *Ministro Cesar Peluso* no julgamento do analisado precedente judicial (páginas 2166/2168 de 8.405).

O já citado Alamiro Velludo Salvador Netto bem pontua que a licitude do ato negociado em nada influi para a caracterização do crime de corrupção em sua modalidade “básica”, destacando, contudo, que na hipótese de o funcionário praticar ato ilícito em virtude da vantagem indevida que lhe foi prometida/oferecida, incidem as causas especiais de aumento de pena do art. 317, § 1.º e art. 333, parágrafo único, do Código Penal²⁷:

²⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG**. Revista dos Tribunais: Vol. 933/2013. p. 47/59. jul/2013. - grifos nossos.

²⁷ Consoante destacaremos mais à frente, a ilicitude do ato interessa tão somente à causa de aumento de pena

Mais ainda, pode-se pensar a corrupção que envolva decisões administrativas cuja discricionariedade conferida ao funcionário permite que qualquer decisão tomada, com consequências nitidamente diversas, não se encaixe nesse rótulo da ilicitude. Mencionando-se a APn 470/MG, originária do STF, a denominada compra de votos de parlamentares é situação demonstrativa da prática de corrupção na qual inexistente uma ilicitude no ato, em si, praticado. É evidente que um congressista pode votar livremente contra ou a favor de um projeto de lei. Ambas as opções são lícitas e, até, louváveis por razões ideológicas ou político-partidárias. A corrupção aqui, portanto, não recai na ilicitude do ato praticado, mas a peita contamina o processo de tomada de decisão, na qual a convicção do homem público em favor do interesse público é substituída pela decisão oportunista do homem público em favor de seu interesse particular.

A doutrina brasileira costuma destacar essa indiferença, para a ocorrência do delito de corrupção, do caráter lícito ou ilícito do ato praticado. Prado, após diferenciar a corrupção própria e a imprópria, já que na primeira o ato é lícito e, na segunda, ilícito, atesta que “(...) tal distinção não é relevante, contudo, para a configuração delitiva, já que em ambas as hipóteses o agente enodoa a Administração, desprestigiando-a com o tráfico da função.”²⁸

e) Na mesma linha, o ato funcional negociado pelos agentes criminosos pode ser tanto comissivo quanto omissivo. Isso decorre expressamente tanto do *caput* do artigo 333 quanto do § 1º do artigo 317, que se referem respectivamente a “omitir ato de ofício” e “deixar de praticar ato de ofício”.

Trata-se de aspecto absolutamente pacífico na doutrina e jurisprudência, cuja importância foi muito bem destacada pelo então Ministro Ayres Brito no paradigmático precedente aqui analisado:

O ato de ofício é o ato do ofício, da função. E esse ato pode ocorrer também, na perspectiva da infração, por omissão. Ou seja, pratica-se o delito tanto por ação quanto por omissão. E a doutrina é unânime nesse sentido, aqui no Supremo Tribunal Federal, embora não fazendo esse esclarecimento de que ato de ofício é ato do próprio ofício”.

(trecho da manifestação do Ministro Ayres Brito a pg. 2913 de 8405 do Acórdão proferido na AP. 470/MG).

Prossegue o ministro adiante em seu raciocínio:

relacionada à prática de atos comissivos pelo funcionário.
28 SALVADOR NETTO, *Ibidem*.

II – nos crimes de corrupção, o ato de ofício não pode deixar de fazer parte da respectiva cadeia causal ou vínculo funcional. Mas à expressão legal “ato de ofício” deve corresponder o sentido coloquial de “ato do ofício” a cargo do agente público corrompido. E ato de ofício, parlamentarmente falando, é ato de legislar, fiscalizar, julgar (nos casos excepcionais de que trata a Constituição Federal). O que se dá por opiniões, palavras e votos. Como ainda se dá por uma radical ou sistemática atitude de não legislar, não fiscalizar e não julgar contra os interesses do corruptor. Lógico! No caso, o relator do processo bem correlacionou a proximidade das datas do recebimento de algumas propinas com as datas de votação de importantes matérias de interesse do Poder Executivo Federal, como, por exemplo, os projetos de lei de fálência, de reforma tributária e de reforma da previdência social pública. Sem a menor necessidade de indicar, atomizadamente, cada ato de omissão funcional, pois o citado conjunto da obra já evidenciara esse radical compromisso absenteísta.

(trecho do voto do Ministro Ayres Brito – página 4.505 de 8.405).

f) Por fim, conforme já se assinalou anteriormente, tanto a efetiva prática ou omissão de atos de ofício não é necessária à configuração dos crimes de corrupção ativa e passiva, que, acaso verificada, constitui qualificadora do crime do artigo 317, na forma de seu § 1º²⁹, com bem anotou o voto condutor do emblemático julgamento:

A indicação do ato de ofício não integra o tipo legal da corrupção passiva. Basta que o agente público que recebe a vantagem indevida tenha o poder de praticar atos de ofício para que se possa consumir o crime do artigo 317 do Código Penal. Se provada a prática do ato, tipifica-se a hipótese de incidência do § 2º do artigo 317, aumentando-se a pena.

(Inteiro Teor do Acórdão da AP 470/MG – página 1099 de 8.405)

Da mesma forma, se em razão da vantagem ou promessa o funcionário efetivamente omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional, caracterizada a causa especial de aumento de pena do parágrafo único do artigo 333 do Código Penal.

De todo o exposto, conclui-se, por evidente, que para a caracterização dos crimes de corrupção ativa e passiva não há necessidade de se provar os atos de ofício eventualmente praticados ou omitidos em virtude de cada uma das vantagens indevidas negociadas, bastando que se demonstre, além de dúvida razoável,

²⁹ Vale ressaltar que, consoante expressa disposição legal, a omissão ou retardamento do ato, lícito ou ilícito, caracteriza a causa de aumento de pena, enquanto, no que se refere à prática de atos funcionais comissivos, tão somente a prática de atos ilícitos se amolda à hipótese legal de aumento de pena.

que as respectivas promessas/ofertas e aceitações/recebimentos foram motivadas pela possibilidade de o agente público praticar atos funcionais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, de interesse dos agentes.

3.2.2. Provas de materialidade e autoria dos crimes de corrupção ativa e passiva envolvendo a ANDRADE GUTIERREZ (Fatos 01 e 02)

A denúncia imputa ROGÉRIO NORA, OTÁVIO DE AZEVEDO, CLÓVIS PRIMO, OLAVINHO MENDES, FLÁVIO BARRA e GUSTAVO BOTELHO como incurso pela prática do crime previsto no art. 333 c/c parágrafo único do Código Penal (corrupção ativa). Segundo seus termos:

Entre 25 de junho de 2007 e 05 de agosto de 2015, antes e durante, mas em razão (I) da pactuação dos aditivos 21-L, 21-M, 21-N, 21-O, 21-P, 21-Q, 22, 23, 24, 25, 26, 27-A e execução do Contrato NCO-223/83, (II) da pactuação do Aditivo 1 e execução do contrato GAC.T/CT-003/007, (III) da pactuação do aditivo 2 e execução do Contrato GAC.T/CT-008/05, celebrados pela **ANDRADE GUTIERREZ** com a ELETRONUCLEAR, bem como, antes e durante, mas em razão (IV) da confecção do edital e licitação de Pré-Qualificação nº GAG.T/CN-005/11 (DOU 12/08/11), (V) da confecção do edital e licitação concorrencial nº GAC.T/CN-003/13 (DOU 13/05/13), (VI) das negociações de desconto e execução dos Contratos GAC.T/CT-4500167239 e GAC.T/CT4500167242 celebrados com o CONSÓRCIO ANGRAMON, os denunciados **ROGÉRIO NORA** (entre 25/06/2007 e 02/05/2012 – por 16 vezes), **OTÁVIO MARQUES DE AZEVEDO** (entre 01/01/2008 e 19/05/2015 – por 24 vezes) **CLÓVIS RENATO** (entre 25/06/2007 e 01/10/2013 – por 18 vezes), **OLAVINHO MENDES** (entre 25/06/2007 e 02/02/2015 – por 24 vezes), **FLÁVIO BARRA** (a partir de 01/01/2008 – por 24 vezes) e **GUSTAVO BOTELHO** (a partir de 01/01/2008 – por 24 vezes), de modo consciente e voluntário, ofereceram e prometeram vantagens indevidas ao denunciado **OTHON LUIZ**, para determiná-lo a praticar, omitir e retardar ato de ofício em razão do cargo de Presidente da ELETROBRAS TERMONUCLEAR S/A - ELETRONUCLEAR, tendo este efetivamente deixado de praticar atos de ofício com infração de deveres funcionais e praticado atos de ofício nas mesmas circunstâncias.

Também imputa OTHON LUIZ como incurso na prática do crime previsto no art. 317 c/c parágrafo único do Código Penal (corrupção ativa). Segundo seus termos:

Entre 25 de junho de 2007 e 05 de agosto de 2015, o denunciado

OTHON LUIZ, por 24 (vinte e quatro) vezes, de modo consciente e voluntário, solicitou, aceitou a promessa e recebeu vantagem indevida em razão da função de Presidente da ELETROBRAS TERMONUCLEAR S/A - ELETRONUCLEAR ofertada pelos representantes da ANDRADE GUTIERREZ, ora denunciados, tendo praticado, deixado de praticar e retardado ato de ofício, com infração de dever funcional, a pedido dos executivos da empreiteira.

Conforme a denúncia, verificou-se a oferta e a promessa pelos representantes da ANDRADE GUTIERREZ, ora acusados, assim como a aceitação de promessa e o efetivo recebimento de vantagens indevidas pelo acusado OTHON LUIZ em diversas licitações, aditivos e contratos que envolviam a ELETRONUCLEAR, mais especificamente, o Contrato NCO-223/83 para execução de obras civis intervenções visando à implementação da Usina de Angra 3, os aditivos 21-L, 21-M, 21-N, 21-O, 21-P, 21-Q, 22, 23, 24, 25, 26, 27 e 27-A., a pactuação do Aditivo 1 e execução do contrato GAC. T/CT-003/007 e da pactuação do Aditivo 2 e execução do Contrato GAC.T/CT-008/05.

Nesse sentido, a denúncia comprovou a oferta e o pagamento de vantagem indevida, **atos ilícitos demonstrados documentalmente** no valor de R\$ 3.438.500,000 realizados através de operações de lavagem de dinheiro que serão especificadas em tópico adiante.

A instrução processual, embora tenha comprovado a existência dos crimes de corrupção, fraude à licitação e cartel em relação à confecção do edital e licitação de Pré-Qualificação nº GAG.T/CN-005/11 (DOU 12/08/11), confecção do edital e licitação concorrencial nº GAC.T/CN-003/13 (DOU 13/05/13), negociações de desconto e execução dos Contratos GAC.T/CT-4500167239 e GAC.T/CT4500167242 celebrados com o CONSÓRCIO ANGRAMON (referentes aos serviços de montagem eletromecânica), não demonstrou, no entanto, que houve correlação entre esses atos e os pagamentos de propina apontados na denúncia.

Tendo em conta a ressalva supra, foi amplamente demonstrada a correlação entre os crimes de corrupção ativa e passiva envolvendo OTHON LUIZ e as assinaturas de contratos e aditivos para as obras de construção civil da Usina de Angra 3 pela ANDRADE GUTIERREZ.

Nesse sentido, foi correta a ilação da denúncia que considerou indício da oferta e promessa de vantagem indevida, o fato de que, logo após a publicação de resolução do Conselho Nacional de Política Energética que determinou a retomada da construção da Usina de Angra 3 e permitiu a renegociação de contratos suspensos, o acusado OTHON LUIZ, já na condição de Presidente da ELETRONUCLEAR, ter comparecido por duas oportunidades (em 26 de março de 2008 e em 17 de junho de 2008) na sede da ANDRADE GUTIERREZ em São Paulo para fazer visitas ao então presidente da construtora ROGÉRIO NORA.

Tal acusação foi comprovada na instrução processual. Em seu interrogatório ROGÉRIO NORA, réu colaborador, confirmou que, na condição de presidente da construtora ANDRADE GUTIERREZ, quando houve a decisão pela retomada da obra de Angra 3, teve contato com OTHON LUIZ que indagou se a empreiteira concordava que, para que esses contratos tivessem sequência, fosse realizada uma “contribuição política” para o PT e para o PMDB. **Em sequência, OTHON LUIZ colocou que ele, em razão de ser um cientista, gostaria que a ANDRADE GUTIERREZ contribuísse com ele com 1% sobre o valor das obras para que ele pudesse atender aos seus projetos futuros.** ROGÉRIO disse ter concordado com o pedido, sendo definido que, quando os contratos passassem a ter eficácia, haveria o pagamento da “contribuição política” e da “contribuição científica” para OTHON LUIZ (vide gravação - de 06:20 até 08:00). Nesse sentido, **em uma reunião ocorrida em São Paulo na sede da ANDRADE GUTIERREZ com OTHON LUIZ, foi estabelecido por ROGÉRIO NORA que, a partir daquele momento, CLÓVIS PRIMO, que estava presente na ocasião, era quem cuidaria desses assuntos** (vide gravação – de 09:15 até 10:10 e 45:30 até 46:30). ROGÉRIO NORA ainda mencionou **reunião anterior realizada com OTHON LUIZ no Rio de Janeiro em que ele, referindo-se à retomada da obra, estabeleceu a necessidade de pagamento de colaboração no patamar de 1% para o desenvolvimento de projeto de turbinas, tendo o executivo da ANDRADE GUTIERREZ anuído imediatamente ao pleito** (vide gravação – de 32:30 até 37:00). Indagado a respeito do benefício que a ANDRADE GUTIERREZ esperava ter ao realizar os pagamentos de propina para OTHON LUIZ, ROGÉRIO NORA respondeu que não esperava benefício em relação à lucratividade da obra, mas sim que a empresa não fosse prejudicada ou sofresse algum tipo de represália que atrapalhasse o seu andamento (vide gravação – de 41:00 até 42:50). Ao final, esclareceu não ter participado de qualquer situação ilícita envolvendo a licitação para a montagem eletromecânica (vide gravação – de 49:00 até 49:30).

Pelo conteúdo do interrogatório de ROGÉRIO NORA, é possível concluir que houve sim solicitação e anuência ao pedido de propina por parte de OTHON LUIZ, iniciando-se a partir de então, através de cada um dos pagamentos descritos na denúncia e com a contribuição, mediante divisão de tarefas, dos demais executivos e/ou funcionários da ANDRADE GUTIERREZ denunciados, se uma série de crimes de corrupção ativa e passiva em concurso material, seguidos de operações de branqueamento da origem ilícita dos repasses.

Em relação a CLÓVIS PRIMO comprovou-se que ele, na condição de funcionário da ANDRADE GUTIERREZ responsável por superintender os contratos de construção civil da Usina de Angra 3 desde a sua retomada até abril de 2013, foi quem operacionalizou todos os pagamentos das “contribuições” exigidas por OTHON LUIZ, realizados até a sua saída da empresa. Foi CLÓVIS PRIMO, nestes termos, o responsável direto pelo relacionamento comercial referente às contratações fictícias descritas da denúncia que tinham por fim ocultar e dissimular o repasse dos recursos para o OTHON LUIZ, conforme acerto feito com ROGÉRIO NORA.

Em seu interrogatório, CLÓVIS PRIMO, réu colaborador, confirmou os termos da denúncia e confessou os crimes, com a ressalva das imputações ligadas à licitação e contratos para montagem eletromecânica. Esclareceu, neste sentido, que somente passou a ter atribuições na área comercial da ANDRADE GUTIERREZ em 2008, sendo um dos clientes a ELETRONUCLEAR, motivo pelo qual passou a ter relacionamento com o então presidente OTHON LUIZ. Nesse sentido, descreveu a realização de uma reunião neste ano de 2008 ocorrida no Restaurante Cervantes, na Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro, da qual participou Marcos Teixeira, seu antecessor nas funções de natureza comercial que assumia naquele momento dentro da ANDRADE GUTIERREZ. Nesta reunião, foi mencionada por OTHON LUIZ a existência de acerto prévio com Marcos Teixeira para pagamento de “contribuições para desenvolvimento de pesquisas tecnológicas” envolvendo projeto de turbinas, sendo que CLÓVIS PRIMO seria procurado para dar continuidade aos pagamentos quando necessário. Neste mesmo encontro, OTHON LUIZ e Marcos Teixeira informaram a CLÓVIS PRIMO que já estava acertado que, quando as obras da Usina de Angra 3 fossem retomadas, deveria haver pagamento de contribuições políticas para PT e PMDB, além de uma ajuda para o

próprio OTHON LUIZ, sendo 1% para cada uma das três partes. No interrogatório, CLÓVIS PRIMO informou que, no momento desta reunião, respondeu que iria ver o que era possível fazer. Reconheceu, no entanto, que, passado algum tempo, foi realizada uma outra reunião na sede da ANDRADE GUTIERREZ em São Paulo, na qual estavam presentes o acusados ROGÉRIO NORA e OTHON LUIZ. Segundo CLÓVIS PRIMO, OTHON LUIZ estaria inseguro em relação a manutenção com ele do acerto do pagamento das contribuições que foi inicialmente feito com Marcos Teixeira. Na ocasião, segundo CLÓVIS PRIMO, seu superior hierárquico ROGÉRIO NORA, conforme inclusive confessou em termos antes descritos, confirmou o compromisso de repasse de propina para políticos, para OTHON LUIZ e inclusive para a diretoria da ELETRONUCLEAR, delegando a tarefa de operacionalizar os pagamentos ao próprio interrogando. Em seguimento aos fatos, num posterior encontro, OTHON LUIZ informou a CLÓVIS PRIMO que os pagamentos de propina, referidas como “contribuição para desenvolvimento de turbinas”, se dariam através de empresa por ele indicada, no caso a CG IMPEX, de CARLOS GALLO (vide gravação – de 8:00 até 14:30). Em relação aos valores totais de propinas pagas a OTHON LUIZ, CLÓVIS PRIMO estimou que, até a sua saída da ANDRADE GUTIERREZ em abril de 2013, foram repassados valores entre 3 e 4 milhões de reais, afirmando que a denúncia é muito certa e coerente neste ponto em relação ao que realmente ocorreu (vide gravação – de 22:40 até 23:10). Por fim, quando indagado a respeito do motivo pelo qual a reunião no Rio de Janeiro anteriormente descrita ter ocorrido em um restaurante, CLÓVIS PRIMO reconheceu que isto se deu justamente porque naquele momento se tratava de propina, de assuntos reservados, impróprios para um ambiente corporativo. Disse ainda que se encontrou algumas vezes (estima em meia dúzia) na própria casa de OTHON LUIZ ou em restaurantes para tratar da cobrança e forma de operacionalização dos pagamentos da propina. Reconheceu ainda que a ANDRADE GUTIERREZ aceitou a realização dos pagamentos de forma velada por saber que empresa não poderia ter relacionamento comercial com OTHON LUIZ diante de sua posição de presidente da ELETRONUCLEAR. Finalizou dizendo que acreditava que a ANDRADE GUTIERREZ pagava propina a OTHON LUIZ como forma de garantir os recebimentos devidos pelo contrato e não ser prejudicada (vide gravação – de 26:40 até 30:50).

CLÓVIS PRIMO, para efetivar a operacionalização o repasse dissimulado de propina a OTHON LUIZ, determinou então, no âmbito da ANDRADE GUTIERREZ, que o técnico em engenharia OLAVINHO MENDES, seu auxiliar,

providenciasse a celebração de contratos fictícios com empresas indicadas pelo então presidente da ELETRONUCLEAR, condutas que serão detalhadas no tópico relativo à prática dos crimes de lavagem de dinheiro. Segundo CLÓVIS PRIMO, era, naquele contexto, clara para OLAVINHO MENDES que os contratos eram fictícios porque as empresas não prestavam serviços e porque houve uma determinação para que se produzisse elaboração de evidências que dessem substrato à fraude.

CLÓVIS PRIMO, por fim, ainda defendeu não ter tido qualquer participação em relação ao processo de contratação para serviços de montagem de equipamentos para a Usina de Angra 3, considerando que afastou-se da ANDRADE GUTIERREZ em abril de 2013 (vide gravação – de 25:00 até 25:20).

Em seu interrogatório OLAVINHO MENDES, réu colaborador, embora tenha afirmado que não se dizia para qual finalidade era os contratos fictícios que elaborava e nem a quem beneficiava (vide gravação – de 06:10 a 06:40), certamente sabia (ou ao menos imaginava), embora não tenha confessado, que tais pagamentos referiam-se a repasse de propina, ou seja, prática de crime de corrupção passiva, em relação ao qual deve ser condenado, nos termos imputados na denúncia, com a ressalva daquelas imputações relacionadas à licitação e contratação dos serviços de montagem eletromecânica. Em relação à configuração da responsabilidade penal de OLAVINHO MENDES, remete-se, portanto, aos pressupostos teóricos já referidos na presente peça sobre a autoria no contexto da nova criminalidade (opção dolosa do autor imediato fungível pela prática do ato ilícito).

Tendo em conta que ROGÉRIO NORA e CLÓVIS PRIMO desligaram-se da ANDRADE GUTIERREZ em meio a execução do contrato de obras civis da Usina de Angra 3, suas funções relacionadas a direção, gestão e superintendência do respectivo relacionamento comercial com a ELETRONUCLEAR - não necessariamente no mesmo tempo e tendo em conta as especificidades e mudanças ocorridas ao longo no tempo na estrutura organizacional da empreiteira - foram repassadas aos acusados FLÁVIO BARRA e GUSTAVO BOTELHO. Dentre às atribuições comerciais envolvidas, estava também a manutenção do acerto e o gerenciamento dos pagamentos das “contribuições” a OTHON LUIZ.

Em relação a FLÁVIO BARRA, a denúncia comprovou que ele,

de fato, como presidente da AG ENERGIA, assumiu o compromisso de manter o acerto dos pagamentos de propina a OTHON LUIZ, tendo inclusive assinado um dos contratos apontados como forma de efetivar o repasse simulado.

Nessa toada, FLÁVIO BARRA, réu colaborador, iniciou seu interrogatório esclarecendo não ter participado de todos os atos de corrupção em face de OTHON LUIZ, nos termos imputados na denúncia. Nesse sentido, esclareceu que, embora atuasse na área de energia da ANDRADE GUTIERREZ desde 2008, somente passou a ter atribuições ligadas diretamente aos contratos com a ELETRONUCLEAR para a implantação de Angra 3 a partir do início de 2013, quando passou a ter contato direto com o OTHON LUIZ, a quem foi apresentado por CLÓVIS PRIMO em meio ao referido processo de transferência de responsabilidade no âmbito da empreiteira. **Houve, nesse sentido, um encontro na residência de OTHON com FLÁVIO BARRA e CLÓVIS PRIMO, ocasião na qual já foi tratada a existência de compromisso previamente assumido. FLÁVIO BARRA confessou, desta feita, ter assumido a continuidade do compromisso do pagamento de menos de 1% do valor dos contratos de Angra 3 com OTHON LUIZ, repasse que era feito através de empresas subcontratadas, nos termos de contratos indicados por CLÓVIS PRIMO, que sabia serem de fachada. FLÁVIO BARRA ainda mencionou que, a despeito de a ANDRADE GUTIERREZ não ter interesse de investir diretamente nos negócios de OTHON LUIZ, era interesse da empresa ter uma relação próxima com ele, o que era conseguido através do atendimento ao pedido do pagamento das “contribuições”. Nesse sentido, os pagamentos eram feitos para facilitar a relação da ANDRADE GUTIERREZ com a ELETRONUCLEAR. FLÁVIO BARRA também confirmou um novo pedido de OTHON LUIZ realizado em 2014, atendido em conjunto pelo interrogando e GUSTAVO BOTELHO. Nesse sentido, esclareceu que foi contratada a DEUSTCHEBRAS, por indicação de OTHON LUIZ, que produziu como substrato fictício um projeto de sistema de vigilância para as instalações da ANDRADE GUTIERREZ no Rio de Janeiro. No entanto, o serviço jamais foi efetivamente prestado e o objetivo da contratação era unicamente o de ocultar um novo repasse de propina no valor de R\$ 300.000,00 para OTHON LUIZ (vide gravação – de 06:00 até 17:00). FLÁVIO BARRA, assim como CLÓVIS PRIMO, também reconheceu que a realização do primeiro de seus encontros com OTHON LUIZ foi feito em sua residência, fora do ambiente institucional, justamente porque foi tratado na ocasião o assunto das “doações” ou “contribuições”. Reconheceu que, mesmo quando encontrou-se com**

OTHON LUIZ em ambientes corporativos, no momento em que seriam tratadas questões ilícitas, ele solicitava que as demais pessoas presentes se retirassem para que ele ficasse sozinho com FLÁVIO BARRA. Disse ainda que, em momento no qual a ANDRADE GUTIERREZ optou pela interrupção da execução das obras de construção civil para renegociação dos termos contratuais, foram também interrompidos os repasses de propina a OTHON LUIZ no início de 2014, situação suficiente para demonstrar a vinculação entre as duas circunstâncias (pagamento de propina em troca de manutenção e faturamento da contratação das obras civis). Esclareceu que somente houve retomada do pagamento após novo pedido de OTHON LUIZ realizado ao final de uma reunião na ELETRONUCLEAR, quando, após o pedido de retirada das demais pessoas presentes, ele solicitou a FLÁVIO BARRA mais uma vez o pagamento dos “compromissos”, no valor de R\$ 300.000,00, indicando, nesta mesma ocasião, a empresa DEUSTCHEBRAS para ocultação do repasse. Esclareceu, mais uma vez, que, embora um projeto tenha sido elaborado pela DEUSTCHEBRAS, a ANDRADE GUTIERREZ jamais teria contratado aquele serviço, pois dele não precisava, tratando-se realmente de forma de dissimulação de repasse de propina (vide gravação – de 01:03:00 até 01:10:00). Reconheceu ainda FLÁVIO BARRA ter mantido, por iniciativa pessoal e consideração sua posição de comando na ANDRADE GUTIERREZ, planilhamento das propinas pagas, documentos que foram destruídos e que continham códigos, valores devidos de acordo com o faturamento e valores efetivados (vide gravação – de 01:15:45 até 01:18:30).

Em relação aos contratos de montagem eletromecânica, FLÁVIO BARRA, em seu interrogatório, confirmou as versões das testemunhas RICARDO PESSOA e DALTON AVANCINI, apenas fazendo a ressalva de que a ANDRADE GUTIERREZ não assumiu a postura de líder no consórcio ANGRAMON. Reconheceu, por outro lado, que, após a pré-qualificação, houve sim entendimento prévio à licitação entre as empresas habilitadas, inclusive em relação ao processo de negociação de descontos para o caso de os dois consórcios pré-habilitados se fundissem. Esclareceu, no entanto, que, apesar de a ANDRADE GUTIERREZ não ter realizado pagamentos de “contribuições” em relação a tais contratos, RICARDO PESSOA, na condição de líder dos consórcios, informou a existência de demanda em 2014 por “doação” ou “adiantamento” calculado pelo valor de 1% do contrato de montagem eletromecânica de Angra 3, tendo RICARDO PESSOA deixado uma mensagem de era necessário também “cuidar do cliente”, referindo-se, no ponto, ao presidente da ELETRONUCLEAR OTHON LUIZ. Em relação ao ponto, FLÁVIO BARRA

informou que GUSTAVO BOTELHO, seu subordinado, foi quem teve participação mais ativa junto aos demais componentes CONSORCIO ANGRAMON que viria a ser formado, tendo participado de quase todas as reuniões, repassando-lhe, em seguida, as informações sobre os entendimentos realizados (vide gravação de 18:00 até 22:00 e 44:00 a 51:00). Nesta toada, admitiu que, de fato, houve acerto prévio entre os consórcios pré-habilitados, antes da licitação, para definir qual deles ficaria com cada um dos dois pacotes. A comunicação da exigência de propina com acerto de compromisso de 1% do valor da contratação com o PMDB foi comunicada posteriormente por RICARDO PESSOA em reunião na qual FLÁVIO BARRA se fez presente (vide gravação de 01:26:00 até 01:29:30).

Tudo o que foi dito por FLÁVIO BARRA foi confirmado por GUSTAVO BOTELHO. Em seu interrogatório, o réu colaborador disse que somente teve participação no processo das obras civis para implantação de Angra 3 a partir de meados de 2013. Nessa ocasião, foi-lhe passado por FLÁVIO BARRA e Fernando Carvalho (funcionário da ANDRADE GUTIERREZ que deixava a empresa naquele momento) que havia compromissos para pagamentos de “contribuições” a partidos políticos e alguns executivos da ELETRONUCLEAR, sendo que contratos celebrados para realizar repasses já tinham a sua execução em andamento, conforme análise realizada por ordem de FLÁVIO BARRA (vide gravação de 06:15 até 09:00). Em relação a OTHON LUIZ, GUSTAVO BOTELHO reconheceu ter sido o responsável pelo pagamento de propina repassado através do contrato preparado e assinado por ele com a empresa DEUTSCHEBRAS, conforme indicado por FLÁVIO BARRA (vide gravação de 19:00 até 20:30).

Sobre o processo para contratação das obras de montagem eletromecânica, GUSTAVO BOTELHO reconheceu ser o representante da ANDRADE GUTIERREZ a partir de 2009 junto ao grupo de empresas com interesse em formar os consórcios que participariam da licitação. Disse que houve reuniões prévias com OTHON LUIZ e outros representantes da ELETRONUCLEAR em que se tentou influenciar os termos do edital, havendo sucesso em relação à determinação do número máximo de componentes de cada um dos consórcios licitantes (vide gravação de 20:30 até 24:30). Já em momento posterior à pré-qualificação de dois consórcios, em 2013, GUSTAVO BOTELHO reconheceu que houve entendimento entre as sete empresas de que buscariam a fusão dos dois consórcios para garantir a viabilidade econômica do contrato, estabelecendo-se previamente quem ganharia cada um dos pacotes, seguindo-se um processo de negociação junto à

ELETRONUCLEAR sobre os descontos incidentes no valor do orçamento a serem oferecidos em caso de fusão, havendo ao final entendimento pelo desconto de 6%. GUSTAVO BOTELHO afirmou, no entanto, nunca ter participado de nenhuma negociação para pagamento de propina em meio a esse processo.

Diante da situação aqui exposta, tem-se a inegável conclusão de que ROGÉRIO NORA, CLÓVIS PRIMO, OLAVINHO MENDES, FLÁVIO BARRA e GUSTAVO BOTELHO praticaram diversos crimes de corrupção ativa em meio à contratação e à execução das obras civis para a implantação da Usina de Angra 3, no modo descrito na denúncia, com os esclarecimentos sobre o tempo trazidos em seus interrogatórios, prestados em sede de colaboração premiada.

Nesse contexto, é reconhecer que OTÁVIO AZEVEDO, na condição de presidente da *holding* ANDRADE GUTIERREZ S/A também praticou, em cadeia de comando da organização criminosa em testilha, crimes de corrupção ativa mediante pagamento de propina a OTHON LUIZ relacionados à contratação com a ELETRONUCLEAR para as obras civis da Usina de Angra 3.

Em seu interrogatório, OTÁVIO AZEVEDO, réu colaborador, depois de esclarecer suas atribuições na *holdind*, inclusive de apoio aos negócios de grande monta da Construtora ANDRADE GUTIERREZ, esclareceu o papel que passou a exercer a partir de 2008 em relação às “contribuições políticas” via doações eleitorais oficiais de campanha, que começaram a ser exigidas pelo PT dentro de uma sistemática de vinculação ao cálculo de um percentual de 1% sobre os valores das obras contratadas com o governo federal (vide gravação de 02:00 até 18:00). OTÁVIO AZEVEDO disse entender que o valor contratado com a ELETRONUCLEAR para as obras civis de Angra 3 também entrou nesse cálculo (vide gravação de 56:30 a 57:00). Indagado sobre o porquê de ter que pagar as contribuições exigidas, OTAVIO AZEVEDO respondeu que a ANDRADE GUTIERREZ assim agia para defender sua posição econômica e de mercado, sem que isso se constituísse em qualquer variável política. A política era, assim, tão somente a forma de pagamento da contribuição feita com interesse econômico. Se esse valor pudesse ser absorvido pelo contrato, o pagamento deveria ser feito (vide gravação de 58:30 a 01:01:00). Disse não saber que a ANDRADE GUTIERREZ celebrava contratos fictícios para ocultar o repasse de propina, esclarecendo que não tinha qualquer papel executivo sobre os negócios de concessão

e engenharia (vide gravação de 01:04:00 até 01:05:00).

Inobstante tais declarações, que incluem ter dito não saber que se pagava propina para OTHON LUIZ, entende o MPF que, no contexto dos pressupostos teóricos (“cegueira deliberada”) apresentados em tópicos anteriores, a presente ação penal deve ser julgada procedente, salvo em relação às imputações referentes à montagem eletromecânica, em relação às imputações criminosas feitas em face de OTÁVIO AZEVEDO.

Nesse sentido, vale ressaltar que, indagado a respeito da ciência sobre o pagamento de propina para OTHON LUIZ por parte de OTAVIO DE AZEVEDO, ROGÉRIO NORA inclusive afirmou que ele, **apesar de não participar diretamente de acertos realizados neste nível operacional, centrando-se nos acertos políticos, ficou sabendo em um determinado momento que eles existiam, em meio às próprio processo de negociação envolvendo aos pagamentos ao PT e ao PMDB** (vide gravação – de 46:40 até 47:50). Ou seja, a despeito de não ter participado, tomado parte diretamente no acerto de pagamento para OTHON LUIZ, OTAVIO AZEVEDO certamente tinha no seu leque de atribuições poder para ter feito cessar os pagamentos, tendo optado por não tomar qualquer atitude em relação a isto, situação que entende-se suficiente para configurar a responsabilidade pela prática do crime de corrupção ativa e outros levados a cabo no seio de organização criminosa. Tendo em conta que ele assumiu a presidência da ANDRADE GUTIERREZ S/A (*holding*) em 2008, aderiu, a conduta dos demais executivos acusados, uma vez que era capaz de determinar os rumos e decisões estratégicas de sua empresa. Neste contexto, a reiteração das práticas indevidas por longos anos, com pagamento de valores milionários a título de propina, demonstram que havia sim adesão dos integrantes da cúpula, aí incluído OTÁVIO AZEVEDO, aos atos de corrupção praticados em detrimento da ELETRONUCLEAR, inclusive em relação ao acusado OTHON LUIZ.

Diante do relato supra, paralelamente à comprovação dos atos de corrupção ativa praticados pelos executivos e/ou funcionários da ANDRADE GUTIERREZ acusados, está demonstrada a prática de corrupção ativa por parte de OTHON LUIZ, aqui não só em relação à contratação referente às obras civis, como também em relação à contratação dos serviços eletromecânicos.

OTHON LUIZ, em seu longo interrogatório, quando indagado a

respeito dos termos da denúncia reconheceu apenas parcialmente os termos da acusação. Desta feita, quando indagado sobre os pagamentos feitos pela CG para a ARATEC, esclareceu que, na verdade, tratava-se de pagamento por serviço prestado para a ANDRADE GUTIERREZ. Segundo OTHON LUIZ, ele teria sido procurado em determinada ocasião por Marcos Teixeira para tratar do intuito da ANDRADE GUTIERREZ em promover a retomada das obras de Angra 3, considerando a longa paralisação da execução do contrato de obras civis. Nesse contexto, OTHON LUIZ disse que poderia fazer um estudo que ajudaria a demonstrar de forma clara que a matriz energética brasileira necessitava de produzir energia térmica de base, considerando o aumento da escassez do estoque de água nos reservatórios, o que não recomendaria a manutenção da dependência no sistema hidrelétrico. OTHON LUIZ disse então que cobrou R\$ 3.000.000,00 por esse estudo em 2004, mas que receberia o valor apenas em caso de sucesso, ou seja, se fossem retomadas as obras. Indagado pelo magistrado, considerando a explicação dada, se exercia a atividade de lobista, OTHON LUIZ respondeu negativamente. Indagado quando assumiu a presidência da ELETRONUCLEAR, respondeu que foi em 2005, negando que tenha pedido que a ANDRADE GUTIERREZ intercedesse em seu favor nesse sentido (22:30 a 32:00). Ainda indagado sobre o “compromisso” da ANDRADE GUTIERREZ com ele, OTHON LUIZ esclareceu que, após o contato com Marcos Teixeira, esteve com ROGÉRIO NORA e confirmou o que tinha sido pactuado. Neste ponto, negou que tivesse solicitado “contribuições políticas” para o PT e para o PMDB ou que a sua nomeação para a ELETRONUCLEAR tenha sido indicação política (43:50 a 46:30).

Indagado do porquê de não ter assinado um contrato com a ANDRADE GUTIERREZ em 2004 para formalizar o serviço de R\$ 3.000.000,00, disse que isso existe na praça de São Paulo e que a ANDRADE GUTIERREZ era uma empresa confiável (1:32:00 a 1:34:30).

Indagado a respeito da existência de eventual conflito, entre o seu interesse em receber os R\$ 3.000.000,00 contratados com a ANDRADE GUTIERREZ e o fato de ter assumido a presidência da ELETRONUCLEAR, respondeu que “dinheiro não era o Deus na sua vida”, que não via esse conflito de interesses e que “não vendeu a sua cadeira”. Reconheceu, ainda assim, que a sua presença na ELETRONUCLEAR contribuiu para a retomada das obras da Usina de Angra 3 (38:00 a 41:00).

As alegações de OTHON LUIZ, em relação ao ponto, de forma

alguma são suficientes para desconfigurar a existência dos crimes de corrupção praticados. Havia sim conflito de interesses e, justamente por causa disso, o pagamento do “acerto” teve que ser realizado de forma dissimulada.

A se acreditar na pouco crível versão de OTHON, tem-se, de qualquer forma, a inusitada situação de que ele, ao posteriormente assumir a presidência da ELETRONUCLEAR (e no momento do acerto ele certamente sabia que o faria se quisesse, dada a sua excelência na área nuclear), ele iniciou a execução do crime de corrupção através do seguinte elemento do tipo do art. 317 do CP: *“ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela”*.

Compulsando-se ainda os autos, verifica-se o tal estudo encomendado pela ANDRADE GUTIERREZ a OTHON LUIZ, segundo sua versão defensiva, foi juntado aos autos pela sua defesa às fls. 5.976/6.012.

Ora, analisando o teor do documento juntado verifica-se tratar de singelo artigo de umas poucas dezenas de páginas publicado na revista chamada “Economia e Energia” com apoio de dois ministérios, da ANP, da própria ELETRONUCLEAR e da Cemig. O artigo é, na verdade, de autoria conjunta de Carlos Feu Alvim (coordenador), José Israel Vargas, Omar Campos Ferreira, Frida Eldelman e OTHON LUIZ PINHEIRO DA SILVA e trata da matriz energética brasileira. Seu conteúdo aponta para o objetivo de *“delinear o cenário para o sistema elétrico brasileiro de modo que este fosse compatível com o aproveitamento das diversas fontes primárias disponíveis no país”*. Em síntese, o estudo limita-se a esclarecer aspectos da geração de energia nuclear, utilizando-se da elaboração de gráficos com base em informações preexistentes e valores de referência, por vezes extraídos de fontes diversas, como outros estudos. Com efeito, o artigo sugere a instalação de um parque térmico no Brasil, esclarecendo os tipos de sistemas para produção de energia nuclear, ponderando as vantagens específicas do que é sugerido, em contraposição às desvantagens da prevalência da matriz hidráulica.

O propalado estudo, para o qual OTHON LUIZ teria cobrado absurdos 3 milhões de reais, mesmo sendo texto de autoria conjunta, restringe-se, portanto, a sugestão de implementação de determinado método de produção de energia térmica de base, não trazendo nenhuma ideia propriamente inovadora, mas apenas mero panfleto sobre as

vantagens da opção pela energia nuclear.

A propósito, vale ressaltar que a testemunha arrolada por OTHON LUIZ, Carlos Augusto Feu Alvim da Silva, ao prestar depoimento perante este Juízo em 01º de fevereiro de 2016, mencionou ter participado com OTHON LUIZ desse estudo, mas disse apenas que alguns empresários do setor privado estariam interessados em seu conteúdo. Não citou em momento algum a ANDRADE GUTIERREZ nem que OTHON tenha acertado receber R\$ 3.000.000,00 pela contribuição científica aos seus termos. Mais ainda, apontou que não conhecia quem havia patrocinado o estudo, esclarecendo que OTHON LUIZ inclusive afirmara que quem o fazia não possuía o interesse em receber crédito pela contribuição (vide gravação 29:00 a 34:00).

Conclui-se, desta feita, não haver como dar qualquer guarida à versão de OTHON LUIZ para os pagamentos milionários realizados pela ANDRADE GUTIERREZ em seu favor.

Nesse sentido, inclusive nenhuma das muitas testemunhas de defesa por ele arroladas corroborou tal versão. Quase todas elas limitaram-se, neste sentido, a tecer considerações elogiosas a OTHON LUIZ sobre sua excelência na área de energia nuclear e sua contribuição para o desenvolvimento das tecnologias para o seu processamento no Brasil. Embora não se negue a veracidade de tais testemunhos e até mesmo se reconheça a importância de OTHON LUIZ nesse cenário, isto em nada contribuiu para o esclarecimento ou sua defesa em relação aos fatos imputados na denúncia. Muito pelo contrário, a constatação de que pessoa tão genial e importante para o Brasil foi capaz de se corromper de forma tão grave, simplesmente contribui, até mesmo em termos de dosimetria de pena, para a avaliação negativa de sua culpabilidade.

Prosseguindo-se na análise do interrogatório de OTHON LUIZ, ele confirmou que, em reunião ocorrida em 2008 com ROGÉRIO NORA, em meio a outros assuntos, ele indagou se os “compromissos” de 2004 estavam em vigor, com o que obteve resposta positiva, inclusive na presença de CLÓVIS PRIMO. OTHON LUIZ defendeu-se, na verdade, dizendo que os representantes da ANDRADE GUTIERREZ queriam transformar isso em propina (por insinuação de que ele estava os decepcionando ou não colaborando), o que ele nunca admitiu, pois uma coisa não tinha a ver com outra (1:03:00 a 1:08:30).

Indagado porque continuou fazendo negócios, mesmo estando impedido formalmente, motivo inclusive que provocou sua saída da ARATEC, OTHON LUIZ disse que fazia fora do horário de trabalho e que não pretendia continuar na ELETRONUCLEAR, acabando por reconhecer que se sentia desconfortável. Disse que não via óbice em ter negócios com empresas que tinham contrato com a ELETRONUCLEAR porque nunca permitiu que isso influísse em sua atuação (1:27:45 a 1:30:30).

Indagado sobre reunião realizada com FLÁVIO BARRA e CLÓVIS PRIMO na Barra da Tijuca disse que nessa reunião não foram tratados assuntos da ELETRONUCLEAR sendo na ocasião se reafirmando o “compromisso” com a ANDRADE GUTIERREZ (1:42:00 a 1:43:00).

Indagado se houve interrupção do pagamento que a ANDRADE GUTIERREZ lhe devia quando houve a paralisação das obras civis em 2014, OTHON LUIZ disse que cessou qualquer relacionamento particular com a empreiteira porque achou essa interrupção um absurdo, uma medida radical. Indagado porque fez isso se a ANDRADE GUTIERREZ ainda lhe devia, segundo sua versão do “estudo”, disse que “não vendia a sua alma” e que abriu mão de receber o que ainda era devido, tratando-se de um acordo e não uma represália da empreiteira. Sobre o contrato da DEUTSCHEBRAS com a ANDRADE GUTIERREZ disse que havia feito a indicação para essa prestação de serviços, que nada tinha a ver com ele (1:49:30 a 1:50:33).

Por fim, independe de os réus terem declarado não ter havido a concessão pela ELETRONUCLEAR de qualquer benefício referente aos termos dos contratos de construção civil de Angra 3, cabe aqui, ao menos a título de argumentação, reafirmar que a denúncia, indica diversos atos de ofício praticados por OTHON LUIZ em favor da empreiteira.

Desta feita, a solicitação e aceitação das vantagens indevidas por OTHON LUIZ ocorreram em momentos em que se discutiam e negociavam etapas importantes destinadas a celebração de contratos, pactuação de aditivos e direcionamento de licitações no interesse da ANDRADE GUTIERREZ, a saber:

– nas reuniões na sede da ANDRADE GUTIERREZ com OTHON LUIZ em 26/03/2008 e 17/07/2008;

– na pactuação dos aditivos 21-L (01/08/07), 21-M (28/03/08), 21-N (10/10/08), 22 (26/03/09), 21-O (27/03/09), 21-P (14/07/09), 23 (14/09/09), 21-Q (21/06/11), 24 (27/12/11), 25 (24/09/12), 26 (21/12/12), 27 (06/10/14) e 27-A (01/04/215) ao Contrato NCO 223/83;

– durante a celebração e execução do Contrato GAC.T/CT-008/05 (a partir de 21/06/06) e na pactuação do Aditivo 1 (22/06/07);

– durante a celebração e execução do Contrato GAC.T/CT 003/007 (a partir de 13/08/07) e na pactuação do Aditivo 1 (11/02/08);

– na fase interna e externa da licitação de Pré-qualificação nº GAG.T/CN-005/11 (certamente antes de 12/08/11, data de publicação do edital);

– na fase interna da licitação Concorrência GAC.T/CN-003/13 (antes da publicação do aviso de licitação em 13 de maio de 2013);

– na fase externa da licitação Concorrência GAC.T/CN-003/13 (a partir de 13 de maio de 2013);

– durante a fase de discussão de descontos com os Consórcios UNA 3 e ANGRA 3 (após a apresentação das propostas até a assinatura dos contratos GAC.T/CT-4500167239 e GAC.T/CT-450016724 em 19/09/2014);

– na fase de execução dos contratos GAC.T/CT-4500167239 e GAC.T/CT-450016724 (a partir de 19/09/2014);

– durante a fase interna e externa do processo licitatório GAC.T-033/09 – Edital GAC.T/CN-006/2010 (antes e após 28/05/2010);

– durante a fase interna e externa do Processo licitatório

GAC.T-034/09 – Edital GAC.T/CN 005/2010 - (antes e após 28/05/2010);

– durante a fase interna e externa do Processo licitatório
GAC..T-004/2010 – Edital GAC.T/CN-003/2010 - (antes e após 28/05/2010);

– durante a fase interna e externa do Processo licitatório
GAC.T-006/12 – Edital GAC.T/CN-012/2012 - (antes e após 26/06/2012);

– durante a fase interna e externa do Processo licitatório GAC.T
029/11 – Edital GAC.T./CV 027/2011 – (antes e depois de 17/11/11);

– durante a fase interna e externa do Processo licitatório GAC.T
053/11 – Edital GAC.T/CV-041/11 – (antes e depois de 06/03/12);

– durante a celebração e execução do CT 141 (a partir de
25/06/2007) e pactuação do aditivo 19 (08/02/12);

– durante a celebração e execução do Contrato GAC.T/CT
033/2010 (a partir de 14/01/11) e pactuação do aditivo (08/02/12);

– durante a celebração e execução do Contrato GAC.T/CT
4500136548 (a partir de 30/03/11) e pactuação dos Aditivos 1 (02/02/12) e 2 (06/05/14);

– durante a celebração e execução do Contrato GAC.T/AS
4500145718 (a partir de 11/11/11) e pactuação do Aditivo 1 (05/03/12);

Além da solicitação e aceitação de promessa de vantagens indevidas, de forma consciente e voluntária, OTHON LUIZ, certamente entre 25 de junho de 2007 e 05 de agosto de 2015, recebeu as vantagens indevidas ao menos no valor de R\$ 3.438.500,000 repassada pela ANDRADE GUTIERREZ em razão da função exercida pelo acusado na ELETRONUCLEAR, notadamente diante dos contratos, aditivos e licitações de interesse da empreiteira na estatal.

Disso extrai-se que os atos de corrupção tinham duas categorias

de móveis: a) em todos os casos, um ato de ofício omissivo genérico; b) quaisquer outros atos comissivos e omissivos eventualmente necessários.

O ato omissivo indicado pelo Ministério Público Federal está sobejamente demonstrado nos autos: ou seja, os acusados ROGÉRIO NORA, CLÓVIS PRIMO, OLAVINHO MENDES, OTÁVIO DE AZEVEDO, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO prometiam e ofereciam vantagens indevidas que eram aceitas e recebidas por OTHON LUIZ diretamente e por intermédio de CARLOS GALLO, JOSUÉ NOBRE e GERALDO TOLEDO para que este, na condição de Presidente da ELETRONUCLEAR, não praticasse atos que ferisse o interesse da ANDRADE GUTIERREZ na execução dos contratos celebrados com a ELETRONUCLEAR.

Ficou demonstrado desta feita que houve ao menos a compra da boa vontade de OTHON LUIZ, no sentido de que ele não prejudicasse os interesses da ANDRADE GUTIERREZ.

Em relação a quaisquer outros atos comissivos e omissivos eventualmente necessários, é ainda possível destacar que, desde, 2002, o Tribunal de Contas da União (TCU) vinha atuando na fiscalização das obras de Angra 3, realizando vários apontamentos de irregularidades e recomendações à estatal ELETRONUCLEAR em razão dos contratos com a ANDRADE GUTIERREZ, notadamente o Contrato NCO-223/83.

Em fiscalização ocorrida em 2008 e por ocasião do 22º Termo Aditivo do Contrato NCO 223/83, que consolidou os aditivos 21-L, 21-M, 21-N e anteriores, foi identificado pelo TCU, nos autos do processo TC 013.342/2008-030, as seguintes impropriedades; (i) Sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado; (ii) Sobrepreço decorrente do BDI (Benefícios de Despesas Indiretas) excessivo; e (iii) Termo Aditivo Irregular – Objeto do aditivo incompatível com o do contrato. Com relação às duas primeiras impropriedades, foi observado um sobrepreço no contrato em vias de repactuação de aproximadamente R\$ 469 milhões, motivo pelo qual propôs-se, dentre outras medidas, determinar redução do referido valor do contrato.

Já com relação a terceira impropriedade, foi verificado pelo TCU que a cláusula prevista na minuta do 22º Termo Aditivo Contratual (retomada das obras)

que estipulava pagamento indevido à construtora ANDRADE GUTIERREZ pelo uso de construção dos alojamentos no período de 01/04/2008 a 31/03/2009, sendo o certo acordar com a construtora indenização pelo valor remanescente das benfeitorias construídas em terreno de sua propriedade, levando em consideração todo o montante gasto até o momento a título de “remuneração” pelo uso das casas durante os 22 anos que a obra havia permanecido paralisada.

No decorrer da instrução foi determinado, por meio do Acórdão 1624/2009-Plenário, que a ELETRONUCLEAR adotasse providências para a repactuação do contrato, sendo que tais condutas reduziram no em pelo menos R\$ 53 milhões, além do ajuste de vários outros pontos, como, por exemplo, encargos sociais, custos unitários de insumos como o aço, glosa de serviços como assistência jurídica, alteração de composições unitárias dentre outros.

Este acórdão previa ainda determinação para que se adotasse custos improdutivos para equipamentos paralisados, como medida de indenização, além da previsão de inclusão de benefícios fiscais e repactuação de serviços como brita e areia, caso condições contratuais se tornassem melhores.

Ademais, em nova fiscalização no ano de 2010, o TCU, através do acórdão 2143/2010-Plenário, constatou novo sobrepreço e a necessidade de se repactuar o contrato, além de indicar os riscos no atraso da obra, recomendando a adoção de esforços à mitigação de efeitos susceptíveis à implicação de atrasos.

Como apontado na denúncia, foram constatadas as seguintes impropriedades em fiscalização realizada em 2011: (i) Superfaturamento decorrente de pagamento por serviço não executado – verificou-se que o sistema de controle da ETN permite o pagamento de pessoal não dedicado à obra; (ii) Projeto Básico deficiente – o Projeto Básico de Angra 3 foi uma adaptação de Angra 2, e considerado deficiente por não incorporar as inovações tecnológicas e o aprendizado da operação de Angra 2, além de não se ater às medidas de segurança para o caso de perda do suprimento de emergência da usina; (iii) Existência de atrasos injustificáveis – constatou-se atrasos nas obras (lentidão), e que o cronograma de entrada em operação não seria cumprido, com previsão de atrasos de, no mínimo, 18 meses, devido à lentidão das obras e atrasos na entrega de projetos pela projetista

Engevix; e (iv) Adiantamento de pagamentos – Os desembolsos consignados nos boletins de medição eram incompatíveis com a execução física dos serviços, o que indica antecipação de pagamentos. Houve revisão do cronograma de execução geral da obra, no entanto não houve revisão do cronograma financeiro.

Diante desses fatos, o TCU instituiu que a ELETRONUCLEAR mantivesse mecanismo de compensação de mão de obra enquanto persistisse a situação que deu causa ao desequilíbrio econômico e financeiro do contrato, além de determinar que fossem realizadas auditorias anuais nas obras de Angra 3 pela SEGECEX (Secretaria Geral de Controle Externo).

Outrossim, em nova fiscalização realizada no ano de 2013, novas irregularidades foram encontradas pelo TCU, a saber: (i) Superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado (IGC – obras civis) – em que se observou descontos de valores inferiores referentes à inscrição do empreendimento no REIDI – em que, segundo a metodologia de cálculo da unidade técnica, aproximadamente R\$ 2,16 milhões foram pagos indevidamente à construtora, até a data da auditoria; e (ii) Descumprimento de determinação exarada pelo TCU. Foi determinado a ELETRONUCLEAR, por meio do acórdão 2603/2013 – Plenário, que fossem apurados só valores adequados ao pagamento de REIDI em todos os contratos.

No ano de 2014 a auditoria do TCU não conseguiu aferir se as medidas impostas a ELETRONUCLEAR para eliminar os obstáculos causadores dos atrasos nas obras. A denúncia relatou que, com relação aos critérios de medição, observou-se que a ELETRONUCLEAR não efetuou as devidas alterações, mas tão somente realizou glosas de valores de mão de obra indireta (MOI) que excediam 35% do valor medido de mão de obra direta (MOD), visando equilibrar a evolução financeira com a evolução física, conforme contratualmente previsto.

Diante desse fato, foi recomendado a ELETRONUCLEAR, por intermédio do Acórdão 2390/2014 que reavaliasse os critérios de medição do contrato de obras civis (NCO 223/83), determinando-se que, na próxima auditoria, a Unidade Técnica verifique o efetivo cumprimento de determinações constantes em acórdãos anteriores.

Em síntese, em acréscimo aos elementos produzidos pelos depoimentos prestados perante este Juízo, é possível inferir pelo teor das fiscalizações realizadas pelo TCU que OTHON LUIZ, no comando da ELTRONUCLEAR vinha se omitindo, de forma contínua e reiterada ao longo dos anos, no cumprimento às recomendações e determinações do TCU, notadamente, como referido na denúncia, na execução do Contrato NCO 223/93, pois, por exemplo, (a) adota metodologia contestada pelo TCU para remuneração de custos indiretos da empreiteira em virtude de atrasos nas obras civis da Usina de ANGRA 3 e, com isso, (b) efetua gastos antieconômicos à estatal em benefício da ANDRADE GUTIERREZ.

De igual modo, OTHON LUIZ se omitiu e praticou ato de ofício em favor da ANDRADE GUTIERREZ no decorrer dos procedimentos licitatórios de Pré-Qualificação nº GAC.T/CN – 005/11 e de Concorrência nº GAC.T/CN – 003/13. Ao final desses certames, a ANDRADE GUTIERREZ logrou êxito na sua pretensão ao, em reunião com outras empresas cartelizadas, subscrever, como integrante do Consórcio ANGRAMON, os contratos GAC.T/CT – 4500167239 e GAC.T/CT – 4500167242.

Aliás, como já citado anteriormente, DALTON AVANCINI, em sede de colaboração premiada, relatou que o direcionamento da licitação da obra de Angra 3 para as empresas cartelizadas se daria por meio da inclusão de cláusulas restritivas no edital. Este fato foi corroborado pela unidade técnica do TCU, uma vez que em decorrência do procedimento de pré-qualificação com a inserção de cláusulas restritivas, a exemplo da exigência de atendimento de pelo menos quatro subitens por cada consorciada, antes mesmo da licitação, já eram conhecidos os nomes dos licitantes que seriam vitoriosos, restando indeterminado tão somente qual pacote caberia a cada consórcio, versão corroborada perante este Juízo por FLÁVIO BARRA e GUSTAVO BOTELHO.

Todas essas constatações foram confirmadas em Juízo pelo depoimentos das testemunhas de acusação, em especial pelo teor das declarações dos auditores do TCU, *Rafael Carneiro Di Bello* e *Gustavo Alessandro Tormena* que atuaram nas licitações:

De acordo com acima exposto, devem ser condenados, considerando o apurado na presente ação penal, ROGÉRIO NORA, CLÓVIS PRIMO,

OLAVINHO MENDES, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO e OTAVIO DE AZEVEDO pela prática de crimes de corrupção ativa, sendo condenando-se OTHON LUIZ pera prática de crimes de corrupção passiva.

3.2.3. Provas de materialidade e autoria dos crimes de corrupção ativa e passiva envolvendo a ENGEVIX (Fatos 11 e 12)

A denúncia imputa JOSÉ ANTUNES SOBRINHO, CRISTIANO KOK (e GERSON ALMADA - denuncia não recebida) como incurso pela prática de crimes previsto no art. 333 c/c parágrafo único do Código Penal (corrupção ativa). Segundo seus termos:

Em data não precisada nos autos, mas pelo menos entre 25 de junho de 2007³⁰ e 05 de agosto de 2015³¹, antes e durante, mas sempre em razão (I) da confecção dos editais e nas licitações nºs GAC.T/CN 003/2010, GAC.T/CN 005/2010, GAT.CN/006/2010, GAC.T/CV 027/2-11, GAC.T.CV 041/2011 e GAC.T/CN-012/2012 da ELETRONUCLEAR, (II) da pactuação do aditivo 19 e execução do contrato **CT-141**, (III) da celebração e execução do contrato **GAC.T/CT-033/10**, bem como da pactuação do **aditivo 1**, (IV) da celebração e execução do contrato **GAC.T/CT 4500136548**, bem como da pactuação dos **aditivos 1 e 2**, (V) da celebração e execução do contrato **GAC.T/AS 4500145718**, bem como da pactuação do **aditivo 1**, (VI) da celebração e execução do contrato **GAC.T/CT 4500146846**, bem como da pactuação dos **aditivos 1, 2 e 3**, (VII) celebração e execução do contrato **GAC.T/AS 4500149995**, (VIII) celebração e execução do contrato **GAC.T/CT 4500160692** todos firmados entre a ENGEVIX e a ELETRONUCLEAR, (IX) da celebração e execução do contrato **GAC.T/CT- 4500151462** firmado entre a AF CONSULT e ELETRONUCLEAR, bem como da pactuação do **aditivo 1**, os denunciados **JOSÉ ANTUNES SOBRINHO, GERSON DE MELLO ALMADA e CRISTIANO KOK**, de modo consciente e voluntário, em comunhão de vontades, ofereceram e prometeram vantagens indevidas ao denunciado **OTHON LUIZ**, por 29 (vinte e nove) vezes, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício em razão do cargo de Presidente da ELETROBRAS TERMONUCLEAR S/A-ELETRONUCLEAR, tendo este efetivamente deixado de praticar atos de ofício com infração de deveres funcionais e praticado atos de ofício nas mesmas circunstâncias.

Também imputa OTHON LUIZ, outras vezes mais, como incurso na prática do crime previsto no art. 317 c/c parágrafo único do Código Penal

³⁰ Data na qual foi celebrado o Aditivo 17 ao CT 141 firmado entre a ENGEVIX e a ELETRONUCLEAR

³¹ <http://www.eletronuclear.gov.br/LinkClick.aspx?fileticket=4Rd29APblOw%3D&tabid=40>

(corrupção ativa). Segundo seus termos:

Entre 25 de junho de 2007 e 05 de agosto de 2015, o denunciado **OTHON LUIZ**, por 29 (vinte e nove) vezes, de modo consciente e voluntário, solicitou, aceitou a promessa e recebeu vantagem indevida em razão da função de Presidente da ELETROBRAS TERMONUCLEAR S/A- ELETRONUCLEAR ofertada pelos representantes da ENGEVIX, ora denunciados, tendo praticado, deixado de praticar e retardado ato de ofício, com infração de dever funcional, a pedido dos executivos da empreiteira.

A empresa ENGEVIX, por meio dos seus representantes JOSÉ ANTUNES e CRISTINO KOK, também tinha interesse em manter um bom relacionamento com o então presidente da ELETRONUCLEAR OTHON LUIZ para que este praticasse, omitisse e retardasse atos de ofício inerentes às suas funções, pois lhe cabia, no exercício do comando da estatal efetuar a orientação da política administrativa e a representação da estatal, superintender os seus negócios, aí incluídos contratações de obras e serviços, fiscalização de contratos, entre outras atribuições previstas no estatuto social da companhia.

Nesse sentido, igualmente em relação aos contratos celebrados com a ANDRADE GUTIERREZ, também houve solicitação e aceitação de vantagens indevidas por OTHON LUIZ que ocorreram em momentos em que se discutiam e se negociavam etapas importantes destinadas a celebração de contratos, pactuação de aditivos e direcionamento de licitações no interesse da ENGEVIX.

Nos termos da denúncia, a ENGEVIX participou de diversas licitações e celebrou diversos contratos e aditivos com a ELETRONUCLEAR, listados nas páginas 85 a 92 da denúncia, para elaboração de projetos de engenharia relativos à estruturas civil e eletromecânica da Usina de Angra 3.

Em meio a esse quadro, a investigação apurou o pagamento de vantagens indevidas a OTHON LUIZ, certamente entre 25 de junho de 2007 e 05 de agosto de 2015, no valor de R\$ 1.030.000,00 repassada pela ENGEVIX em razão da função exercida pelo acusado na ELETRONUCLEAR.

Tais valores foram recebidos por OTHON LUIZ mediante operação de branqueamento de valores envolvendo as empresa LINK PROJETOS, do acusado VICTOR COLAVITTI, a qual intermediou o repasse da propina em favor da empresa ARATEC, constituindo-se tais condutas em operações de lavagem que serão detalhadas adiante em tópico próprio.

Assim, coube a JOSÉ ANTUNES, em conjunto com CRISTIANO KOK, oferecer e prometer vantagens indevidas a OTHON LUIZ no interesse dos contratos e aditivos que a empreiteira mantinha com a ELETRONUCLEAR.

JOSÉ ANTUNES já havia confirmado em depoimento à Polícia Federal que os repasses efetuados para a LINK eram efetivamente destinados à OTHON LUIZ e que os documentos utilizados para justificar as operações eram de fato fictícios. Perante este Juízo, JOSÉ ANTUNES reafirmou que os contratos foram utilizados tão somente para repassar pagamentos à ARATEC, tendo ratificado a informação de que os serviços formalmente contratados com a LINK não tinham lastro técnico e jamais foram executados. Segundo o interrogando, a intenção era de realizar um “investimento” no projeto conduzido por OTHON LUIZ de desenvolvimento de turbinas de baixa queda, mas que este teria externado que achava melhor que os pagamentos não fossem realizados diretamente à ARATEC, e sim mediante empresa interposta, por conta das outras relações contratuais da ENGEVIX com a ELETRONUCLEAR. De todo modo, ressaltou que entendia que tal investimento não caracterizou pagamento de propina, mas tão somente um “investimento” no qual a ENGEVIX poderia se beneficiar no futuro (00:30:00).

Ainda de acordo com o interrogatório de JOSÉ ANTUNES, **a decisão comercial da ENGEVIX de realizar “investimento” na empresa ligada a OTHON LUIZ foi compartilhada com CRISTIANO KOK, tendo acrescentado que o referido projeto de desenvolvimento de turbinas de baixa queda foi apresentado inicialmente no escritório de OTHON LUIZ, dentro da ELETRONUCLEAR, e que houve outras reuniões para discutir o projeto, inclusive com a participação de CRISTIANO KOK (01:55:30).** Declarou também que imaginava que, a despeito de não ter qualquer direito sobre a patente do projeto, a ENGEVIX poderia se beneficiar dessa nova tecnologia com a redução dos custos de aquisição em uma eventual compra a ser realizada no futuro, tendo mencionado um projeto

desenvolvido em parceria nos Estados Unidos que poderia ser beneficiado pelo projeto de OTHON LUIZ (02:01:00).

Indagado a respeito do teor do e-mail reproduzido na página 99 da denúncia, alegou JOSÉ ANTUNES que, por executar 65% do contrato celebrado entre ELETRONUCLEAR e AF Consult, a ENGEVIX entendia que também deveria participar das reuniões realizadas entre a empresa estrangeira e a ELETRONUCLEAR, cujo objetivo seria encontrar uma solução para os problemas da execução do respectivo contrato (01:38:00). Já no que se refere ao e-mail reproduzido na página 100 da denúncia, sustentou o interrogando que apenas pretendia apresentar aos novos gestores da ENGEVIX o presidente da ELETRONUCLEAR OTHON LUIZ, considerando o seu relacionamento e conhecimento técnico na área de energia (02:29:00).

Por fim, vale destacar que JOSÉ ANTUNES negou em seu interrogatório que a ENGEVIX tivesse sido favorecida nas licitações da ELETRONUCLEAR, tendo argumentado que, em virtude da natureza complexa dos respectivos projetos, em lugar algum no mundo as contratações de engenharia nuclear são baseadas tão somente no “menor preço”. Segundo JOSÉ ANTUNES, ainda que a ENGEVIX tenha vencido licitações contando com elevadas pontuações referentes a melhor técnica, todos os contratos firmados com a ELETRONUCLEAR teriam sido celebrados com valores abaixo do orçamento previsto em edital licitatório (01:50:10). Em relação ao ponto, entende-se que tais alegações não foram suficientes para demonstrar erro na construção feita na denúncia de que houve sim favorecimento à ENGEVIX nas licitações que venceu na ELETRONUCLEAR, com base inclusive em depoimento de testemunha de acusação referido adiante.

Em relação à responsabilidade de CRISTIANO KOK, corrobora-se o convencimento a respeito de sua ciência e participação na promessa e efetivo oferecimento das vantagens indevidas a OTHON LUIZ o fato de ser signatário de contratos fictícios firmados entre a ENGEVIX e a empresa LINK.

De forma mais precisa, foram firmados três contratos fictícios entre a ENGEVIX e a LINK, em que há a assinatura de CRISTIANO KOK. O primeiro deles é de 24 de maio de 2012, no valor de R\$250.000,00 e foi subscrito por JOSÉ ANTUNES SOBRINHO e CRISTIANO KOK. O segundo é de 15 de janeiro de 2013, também no valor

de R\$250.000,00, assinado por JOSÉ ANTUNES e CRISTIANO KOK. Por fim, tem-se o contrato datado de 21 de janeiro de 2014, no valor de R\$450.000,00, subscrito por CRISTIANO KOK e JOSÉ ANTUNES, nos termos demonstrados na denúncia.

Em seu interrogatório, CRISTIANO KOK reconheceu conhecer OTHON LUIZ há mais de 20 anos (00:03:00). Sobre os contratos assinados com a LINK, sustentou que não teria exercido participação efetiva na sua celebração, embora tenha reconhecido sua assinatura nos respectivos instrumentos contratuais (00:08:00). Acrescentou que somente veio a ter ciência de que os serviços objeto destes contratos jamais foram executados e que os recursos foram repassados à empresa ARATEC depois de conversar com JOSÉ ANTUNES, oportunidade em que este teria esclarecido que estes contratos, na verdade, representavam um “investimento” da ENGEVIX em um projeto de engenharia do corrêu OTHON LUIZ, cujo objetivo era desenvolver pequenas turbinas de vazão (00:13:10). Segundo CRISTIANO KOK, esses contratos teriam sido conduzidos pelo sócio JOSÉ ANTUNES, reiterando que era ele quem cuidava de todos os projetos da empresa ligados às áreas de energia e recursos hídricos (00:14:50). Por outro lado, não soube esclarecer a razão de tal investimento não ter sido realizado diretamente com a ARATEC, e sim por meio de contrato interposto celebrado com a LINK PROJETOS E PARTICIPAÇÕES (00:15:15). Assumiu, de todo modo, que entendia que a relação de investimento com o projeto de engenharia do corrêu OTHON LUIZ poderia caracterizar um desvio de natureza ética, considerando as demais relações contratuais entre a ENGEVIX e a ELETRONUCLEAR, mas que tal fato não poderia ser caracterizado como pagamento de propina.

Ainda com relação a estes contratos, CRISTIANO KOK declarou que conhece VICTOR COLAVITTI, administrador da LINK, com quem reconheceu ter relação pessoal próxima, a despeito de ter afirmado que jamais tratou desses assuntos ele (00:34:25). CRISTIANO KOK esclareceu também que a gestão da ENGEVIX era partilhada em três segmentos, ficando ele responsável pela gestão financeira e contábil, enquanto JOSÉ ANTUNES cuidava da área de energia e recursos hídricos e GERSON ALMADA da área de indústrias e infraestrutura (00:51:50).

Afirmou ainda que as decisões estratégicas da empresa eram adotadas em conjunto, mas que a gestão de cada área era individual. Por fim, externou que

desconhecia a razão pela qual JOSÉ ANTUNES afirmou em sede policial que ele, CRISTIANO KOK, sabia do pagamento realizado à ARATEC (01:29:00).

Sobre o teor do e-mail reproduzido na página 100 da denúncia 100, CRISTIANO KOK declarou que entendeu o seu teor como uma forma de JOSÉ ANTUNES manifestar aos novos gestores da ENGEVIX que ele estaria à disposição para auxiliá-los na gestão dos contratos, por conta do seu conhecimento técnico na área de energia e sua antiga relação com a ELETRONUCLEAR (00:25:05).

O teor das explicações dadas por CRISTIANO KOK não são suficientes para, em se tratando de criminalidade organizada, afastar a sua responsabilidades pela prática dos crimes de corrupção passiva em comento. Aqui, o mesmo raciocínio (e os pressupostos de natureza teórica já tratados nesta peça – *cegueira deliberada*) que aplicou-se em relação ao acusado OTAVIO DE AZEVEDO para postular sua condenação é válido. Aqui, ainda há o acréscimo da situação de que CRISTIANO KOK assinou os contratos fraudulentos utilizados para o repasse de “contribuições” a OTHON LUIZ e próximo de VICTOR COLAVITTI. Seu próprio sócio JOSÉ ANTUNES ainda foi explícito em seu interrogatório ao dizer que a decisão comercial da ENGEVIX de realizar “investimento” na empresa ligada a OTHON LUIZ foi compartilhada com CRISTIANO KOK.

Quanto aos atos de ofício praticados por OTHON LUIZ, de forma geral a denúncia apontou direcionamento de parte das licitações mediante a atribuição excessivo peso das pontuações técnicas dos editais GAC.T/CN – 006/2010, GAC.T – 034/09, GAC.T/CN – 003/2010 e GAC.T/CN – 012/2012 em prejuízo do preço.

Pontue-se que, com o claro intuito de operacionalizar o esquema de branqueamento de ativos e repasse de vantagens indevidas a OTHON LUIZ, a ENGEVIX assinou contrato fictício com a LINK PROJETOS dois dias antes do lançamento dos editais de licitação GAC.T/CN 003/2010, 005/2010 e 006/2010 pela ELETRONUCLEAR.

Todos os processos licitatórios que previam a técnica e preço a ENGEVIX se sagrou vencedora, em virtude de que as demais licitantes jamais poderiam conseguir sair vencedoras da licitação em razão do peso dado a proposta técnica em detrimento do preço.

Neste ponto cita-se o depoimento em Juízo do auditor do TCU *Rafael Carneiro Di Bello* que confirmou que tal critério tratar-se-ia em realidade de condutas anticompetitivas:

RAFAEL CARNEIRO DI BELLO

MPF: Nesses editais existia previsão de proposta de peso 7 para proposta técnica e peso 4 para proposta de preço. Em todas as licitações a Engevix tirou a maior nota, de forma que se todas as empresas conseguissem em fazer a licitação a custo zero, elas não seriam vencedoras, isso seria uma forma de restrição a concorrência?

Deponente: tecnicamente é uma forma de restrição a competitividade na medida em que o peso técnico é muito difícil de se estabelecer critérios objetivos para essa questão técnica. Nesse trabalho que foi uma inspeção em 2010 nós já apontamos esses tipos de problemas, em outros editais.

MPF: O edital aponta também algumas expressões de cunho subjetivo, o tribunal costuma entender isso como uma forma de restrição a concorrência?

Deponente: Entende que sim.

MPF: por qual motivo?

Deponente: pelo motivo de que a lei de licitações exige critérios objetivos para o cotejamento da capacidade técnica das empresas. Então, me referindo a essa inspeção feita em 2010, existiam critérios do tipo “conhecimento do objeto”. A avaliação era feita com base num texto, uma redação que era feita por cada uma das empresas, era uma avaliação subjetiva, de modo que uma mesma empresa ao ser avaliada por duas comissões de licitações, formada por membros distintos, ela poderia ter a nota “A”, no conhecimento do objeto que era um só, era a Usina Nuclear de Angra3. Poderia ter a nota “A” a luz de uma determinada composição de equipe e uma nota “D” a luz de uma outra composição de equipe. Então, de fato, comprova que existe há um alto grau de subjetividade nessa avaliação

Na licitação GAC.T/CN – 012/2012, OTHON LUIZ desconsiderando o parecer que havia sido emitido pela Procuradoria Jurídica da ELETRONUCLEAR (que contestava que os motivos pelos quais essa determinada licitação se daria pelo tipo técnica e preço), enviou para divulgação o edital, sendo que, ao final do certamente, houve a vitória da ENGEVIX em virtude da pontuação técnica.

Diante do relato supra, paralelamente à comprovação dos atos de corrupção ativa praticados pelos executivos da ENGEVIX acusados, está demonstrada a prática de corrupção ativa por parte de OTHON LUIZ, em relação à contratação de projetos de engenharia com a ELETRONUCLEAR.

Desta feita, as versões apresentadas por JOSÉ ANTUNES e CRISTINO KOK em Juízo não revelaram controvérsia fática em relação a existência de pagamentos dissimulados para OTHON LUIZ. O cerne da questão aqui é que, enquanto a acusação, de acordo com a prova dos autos, qualifica esses pagamentos como vantagem indevida, a defesa os qualifica como “investimento”.

Tal versão defensiva não é crível e nem encontra guarida na prova dos autos, inclusive no teor do interrogatório de OTHON LUIZ. O então presidente da ELETRONUCLEAR, neste sentido, quando indagado sobre o contrato com a LINK, esclareceu que na verdade tratava-se de entendimento com JOSÉ ANTUNES, que conhecia há muitos anos da área de energia. Disse que uma vez encontrou com JOSÉ ANTUNES no aeroporto e, em razão das conversas que tiveram, apresentou o seu projeto de turbinas de baixa queda, tendo sido acertado que haveria um “investimento” de R\$ 1.000.000,00. Da mesma forma que em relação a ANDRADE GUTIERREZ, admitiu que foi utilizada uma firma para ocultar os pagamentos, sendo que o próprio JOSÉ ANTUNES teria dito que deveria ser assim por uma questão de “governança”, “para não pegar mal”, nada tendo a ver o negócio com a ELETRONUCLEAR, porque “ele não vendeu a sua cadeira”(51:20 a 1:00:00).

No ponto, já se verificam duas contradições entre os depoimentos de JOSÉ ANTUNES e OTHON LUIZ: a) enquanto OTHON LUIZ disse que o acerto do “investimento” foi feito em um encontro no aeroporto, JOSÉ ANTUNES disse que o acerto foi feito no escritório de OTHON LUIZ, dentro da ELETRONUCLEAR; b) enquanto OTHON LUIZ disse o pagamento dissimulado via LINK foi feito por iniciativa de JOSÉ ANTUNES por uma questão de “governança”, “para não pegar mal”, JOSÉ ANTUNES disse que isto se deu por iniciativa de OTHON LUIZ, que teria externado que achava melhor que os pagamentos não fossem realizados diretamente à ARATEC, e sim mediante empresa interposta, por conta das outras relações contratuais da ENGEVIX com a ELETRONUCLEAR. Embora contradições pontuais em depoimentos possam ser consideradas suficientes para demonstrar a inveracidade de versões defensivas, entende-se que elas podem sim ser consideradas indícios que, corroborados pelo restante do conjunto probatório, ajude no convencimento judicial a respeito do que, de fato ocorreu.

A corroborar ainda mais a fragilidade da versão dos réus a

respeito do pagamento de um “investimento”, quando indagado do porquê de não ter assinado um contrato com a ENGEVIX para formalizar o negócio de R\$ 1.000.000,00, OTHON LUIZ repetiu que não era bom ter esse contrato considerando sua condição na ELETRONUCLEAR. Disse que ainda assim aceitou o “investimento” porque não concedeu qualquer benefício ou favor para a ENGEVIX em relação aos seus contratos com a ELETRONUCLEAR e que “contratos sem papel” existem na praça de São Paulo, achando tudo isto muito normal (2:11:00 a 2:12:40).

Com relação a prática de ato de ofício por OTHON LUIZ, em relação à ENGEVIX a peça inicial referiu o pagamento de propina em 9 contratos, a saber, (I) da confecção dos **editais e nas licitações n°s GAC.T/CN 003/2010, GAC.T/CN 005/2010, GAT.CN/006/2010, GAC.T/CV 027/2-11, GAC.T.CV 041/2011 e GAC.T/CN-012/2012** da ELETRONUCLEAR, (II) da pactuação do **aditivo 19** e execução do **contrato CT-141**, (III) da celebração e execução do **contrato GAC.T/CT-033/10**, bem como da pactuação do **aditivo 1**, (IV) da celebração e execução do **contrato GAC.T/CT 4500136548**, bem como da pactuação dos **aditivos 1 e 2**, (V) da celebração e execução do **contrato GAC.T/AS 4500145718**, bem como da pactuação do **aditivo 1**, (VI) da celebração e execução do **contrato GAC.T/CT 4500146846**, bem como da pactuação dos **aditivos 1, 2 e 3**, (VII) celebração e execução do **contrato GAC.T/AS 4500149995**, (VIII) celebração e execução do **contrato GAC.T/CT 4500160692** todos firmados entre a ENGEVIX e a ELETRONUCLEAR, (IX) da celebração e execução do **contrato GAC.T/CT-4500151462** firmado entre a AF CONSULT e ELETRONUCLEAR, bem como da pactuação do **aditivo 1**.

Disso extrai-se que, assim como ocorreu em relação à ANDRADE GUTIERREZ, os atos de corrupção tinham duas categorias de móveis: a) em todos os casos, um ato de ofício omissivo genérico; b) quaisquer outros atos comissivos e omissivos eventualmente necessários.

O ato omissivo indicado pelo Ministério Público Federal está sobejamente demonstrado nos autos: ou seja, os acusados JOSÉ ANTUNES e CRISTIANO KOK prometiam e ofereciam vantagens indevidas que eram aceitas e recebidas por OTHON LUIZ diretamente e por intermédio de VICTOR COLAVITTI para que este, na condição de Presidente da ELETRONUCLEAR, não praticasse atos que ferissem o interesse da ENGEVIX na execução dos contratos celebrados com a ELETRONUCLEAR.

Ficou demonstrado desta feita que houve ao menos a compra da boa vontade de OTHON LUIZ, no sentido de que ele não prejudicasse os interesses da ENGEVIX.

Mas é possível concluir-se, também, no sentido do direcionamento dos certames em favor da ENGEVIX em razão do excessivo peso atribuído a pontuação técnica constante dos Editais GAC.T/CN-006/2010, GAC.T-034/09, GAC.T/CN-003/2010 e GAC.T/CN-012/2012 em detrimento do preço, em clara ofensa ao princípio da isonomia e julgamento objetivo das licitações, conforme amplamente demonstrado na denúncia, em relação a qual se reporta.

De acordo todo o acima exposto, devem ser condenados, considerando o apurado na presente ação penal, JOSÉ ANTUNES SOBRINHO e CRISTIANO KOK pela prática de crimes de corrupção ativa, condenando-se OTHON LUIZ pela prática de crimes de corrupção passiva.

3.3. Lavagem de Ativos

3.3.1. Pressupostos teóricos

3.3.1.1. *Lavagem de dinheiro e corrupção passiva*

Uma das teses defensivas passíveis de apresentação é a de que as condutas de lavagem denunciadas são atípicas, constituindo consumação do crime de corrupção passiva na modalidade “receber” ou mero exaurimento do delito de corrupção ativa, pois não possuem o condão de dar aparência de licitude aos valores envolvidos e se davam com a única finalidade de viabilizar o pagamento da propina.

Ocorre que, ainda que não houvesse outros crimes antecedentes absolutamente independentes, os réus deveriam ser condenados por lavagem independentemente da corrupção.

Um primeiro aspecto que salta aos olhos quanto ao argumento é

o evidente descabimento da afirmação de que as condutas de lavagem denunciadas constituem mera forma de recebimento da propina, sem ter o objetivo de dar aparência de licitude aos respectivos valores.

Ora, é cediço e evidente que o recebimento de valores em contas de terceiros tem o objetivo de dissimular a origem, disposição, movimentação e propriedade dos valores ilícitos, caracterizando o crime de lavagem de dinheiro. Nesse sentido, cita-se:

PENAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. OCULTAÇÃO. SIMULAÇÃO. DEPÓSITO DOS VALORES OBTIDOS ILICITAMENTE EM CONTAS DE TERCEIROS. QUADRILHA. INDÍCIOS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

Para fins didáticos, o crime de lavagem de dinheiro se dá em três fases, de acordo com o modelo do GAFI – Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro, a saber: colocação (separação física do dinheiro dos autores do crime; é antecedida pela captação e concentração do dinheiro), dissimulação (nessa fase, multiplicam-se as transações anteriores, através de muitas empresas e contas, de modo que se perca a trilha do dinheiro [paper trail], constituindo-se na lavagem propriamente dita, que tem por objetivo fazer com que não se possa identificar a origem dos valores ou bens) e integração (o dinheiro é empregado em negócios lícitos ou compra de bens, dificultando ainda mais a investigação, já que o criminoso assume ares de respeitável investidor, atuando conforme as regras do sistema). Todavia, o tipo penal do art. 1º da Lei nº 9.613/98 não requer a comprovação de que os valores retornem ao seu proprietário, ou seja, não exige a comprovação de todas as fases (acumulação, dissimulação e integração). O depósito em contas de terceiros, "para ocultar dinheiro proveniente de crime" (TRF1, AC 20024100004376-3, Carlos Olavo, 4ª T., u., 4.8.04), tem sido reconhecido como suficiente para caracterizar a lavagem. Não se exigem sofisticação ou rebuscamento na ocultação ou dissimulação. Como afirmado pelo STF, o tipo não reclama "o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada 'engenharia financeira' transnacional, com os quais se ocupa a literatura" (STF, RHC 80.816, Pertence, 1ª T., u., 18.6.01). Portanto, a utilização de interpostas pessoas ("laranjas") poderá constituir ocultação da origem, movimentação, disposição e propriedade, conforme o caso concreto. A captação de dinheiro mediante fraude em contratos de financiamento e empréstimos pessoais e posterior depósito em contas de interpostas pessoas, constituem indícios de que havia vínculo de cooperação entre os denunciados com a finalidade de cometer crimes, nos moldes do art. 288 do CP.

(TRF 4ª Região – 7ª Turma – Unânime – relator: Des. José Paulo Baltazar Júnior – Recurso Criminal em Sentido Estrito – autos: 5008054-29.2012.404.7200 – Decisão: 08/04/14 – DE: 09/04/14 – grifo nosso).

Vale destacar que o crime de lavagem é delito autônomo em

relação aos crimes antecedentes, conforme decorre do próprio artigo 2º, II da Lei 9.613/98. Tem tipificação e, principalmente, objetivo próprios, protegendo bens jurídicos autônomos, consoante decorre de trecho da ementa do julgamento da AP. 470 pelo STF:

2.5. Lavagem de dinheiro. A lavagem de dinheiro, ademais de ser o grande pulmão das mais variadas mazelas sociais, desde o tráfico de drogas, passando pelo terrorismo, até a corrupção que desfalca o Erário e deixa órfãos um sem-número de cidadãos que necessitam dos serviços públicos, é também um mal por si, pois o seu combate previne o envenenamento de todo o sistema econômico-financeiro, concluindo-se que a repressão à lavagem de dinheiro visa a prevenir a contaminação da economia por recursos ilícitos, a concorrência desleal, o zelo pela credibilidade e pela confiança nas instituições (ASCENSÃO, J. Oliveira. Repressão da lavagem do dinheiro em Portugal. In: Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003. p. 37). (trecho da ementa do acórdão da AP 470/MG).

2.5.1. A dissimulação ou ocultação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos proveitos criminosos desafia censura penal autônoma, para além daquela incidente sobre o delito antecedente, tal como ocorre, ad exemplum, com a ocultação do cadáver (art. 211 do Código Penal) subsequente a um homicídio, situação em que não se opera a consunção de um crime pelo outro.

No mesmo sentido, a própria Corte Suprema já havia decidido quando ao recebimento da denúncia na AP nº 470:

[...] CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. OCULTAÇÃO E DISSIMULAÇÃO DA ORIGEM, MOVIMENTAÇÃO, LOCALIZAÇÃO E PROPRIEDADE DE VALORES. RECEBIMENTO DE MILHARES DE REAIS EM ESPÉCIE. UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTA PESSOA. TIPICIDADE DA CONDUTA. MERO EXAURIMENTO DO CRIME ANTERIOR. IMPROCEDÊNCIA. CRIMES AUTÔNOMOS. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. São improcedentes as alegações de que a origem e a destinação dos montantes recebidos pelos acusados não foram dissimuladas e de que tais recebimentos configurariam mero exaurimento do crime de corrupção passiva. Os acusados receberam elevadas quantias em espécie, em alguns casos milhões de reais, sem qualquer registro formal em contabilidade ou transação bancária. Em muitos casos, utilizaram-se de pessoas não conhecidas do grande público e de empresas de propriedade de alguns dos denunciados, aparentemente voltadas para a prática do crime de lavagem de dinheiro, as quais foram encarregadas de receber os valores destinados à compra do apoio político. Com isto, logrou-se ocultar a movimentação, localização e propriedade das vultosas quantias em

espécie, bem como dissimular a origem de tais recursos, tendo em vista os diversos intermediários que se colocavam entre os supostos corruptores e os destinatários finais dos valores. 3. A tipificação do crime de lavagem de dinheiro, autônomo em relação ao crime precedente, é incompatível, no caso em análise, com o entendimento de que teria havido mero exaurimento do crime anterior, de corrupção passiva [...].

(STF – Pleno - relator: Min. Joaquim Barbosa - Inq 2245 – 28/08/07)

Não se desconhece que, após exarar o acórdão acima citado, em julgamento de embargos infringentes, o Supremo Tribunal Federal absolveu um dos denunciados pelo crime de lavagem sob o argumento de que, havendo prova do recebimento, ainda que clandestino, integra ele o delito de corrupção.

Todavia, com o devido respeito à posição assumida pela maioria do colegiado naquele momento, o Ministério Público Federal entende que tecnicamente deve prevalecer o entendimento minoritário, circundado na oportunidade pelos ilustres Ministros Luiz Fux, Carmém Lúcia, Gilmar Mendes e Celso de Mello:

Os ministros vencidos, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que rejeitavam os embargos, aduziram o seguinte:

- a) a utilização de interposta pessoa para o saque de valores em agência bancária configuraria o delito de lavagem de dinheiro, pois seria o meio pelo qual a identidade do verdadeiro destinatário desses bens ficaria em sigilo;
- b) o tipo penal da lavagem de dinheiro não tutelaria apenas o bem jurídico atingido pelo crime antecedente, mas também a higidez do sistema econômico-financeiro e a credibilidade das instituições;
- c) a conduta caracterizada pelo recebimento de vantagem de forma dissimulada, máxime quando a prática ocorre por meio do sistema bancário, seria suscetível de censura penal autônoma.

(AP 470, Plenário, Informativo 738)

O que se tem, em verdade, é a prática de condutas com desígnios evidentemente autônomos: 1) uma coisa é o funcionário público aceitar e receber vantagens indevidas em virtude de sua atividade funcional, e 2) outra é tomar atitudes para que o recebimento se dê de forma dissimulada. Para usar o exemplo mencionado pelo próprio STF, uma coisa é praticar homicídio, outra é promover a ocultação do cadáver.

Caso o funcionário corrompido não tivesse o interesse de promover a dissimulação dos valores, nada impediria que OTHON LUIZ recebesse a propina diretamente em suas contas, por depósito dos próprios corruptores. Todavia, assim não agiu,

tendo utilizado os serviços dos acusados CARLOS GALLO, JOSUÉ NOBRE, GERALDO ARRUDA e VICTOR CALAVITTI, justamente para promover o recebimento dos valores de forma dissimulada.

Não bastasse isso, há que destacar que no momento das operações de lavagem, a corrupção passiva tal qual denunciada e demonstrada nos autos já estava devidamente consumada pela aceitação da vantagem ilícita.

Portanto, tem-se que a corrupção passiva e lavagem de dinheiro denunciadas não se confundem, merecendo reprimendas igualmente distintas, em concurso material.

3.3.1.2. Dolo no crime de lavagem de dinheiro (admissão de dolo eventual)

É bastante comum em crimes praticados no seio de organização criminosa estratificada, como no caso dos autos, que a atividade de lavagem dos valores ilícitos seja terceirizada, de forma que “contratantes” do mecanismo de branqueamento afirmem que não tinham ciência da forma como recebido o dinheiro enquanto os “contratados” alegam desconhecer a origem ilícita dos valores.³²

No caso dos autos, todos os autores tinham plena ciência da origem ilícita dos recursos, bem como do fato de que seu recebimento se dava por intermédio de operações que visavam dissimular a origem, disposição, movimentação e propriedade dos valores, de forma que presente o dolo direto.

Todavia, ainda que assim não fosse, tratar-se-ia de situação na qual os agentes voluntariamente se recusam a saber a origem ou forma dos pagamentos, deixando de realizar qualquer política do tipo KYC (*know your customer*) ou mesmo de detectar sinais de aparência ilícita dos recursos. Mais ainda, na lavagem terceirizada, os

³² A profissionalização da lavagem de ativos, ao lado da internacionalização e complexidade, são as três principais características da lavagem moderna (BLANCO CORDERO, Isidoro. *Criminalidad organizada y mercados ilegales*, p. 222). Segundo o GAFI, “a especialização na lavagem de dinheiro emerge do fato de que as operações de lavagem podem ser algo técnicas e assim requerer conhecimento especializado ou perícia que podem não estar disponíveis nas fileiras de uma organização criminosa tradicional” (FATF. Report on money laundering typologies 2001-2002 (FATF-XIII), p. 19.).

operadores recusam informações quanto à procedência do numerário para evitar o risco de serem responsabilizados pelos delitos.

Nesse aspecto, ganham relevo tanto a consideração da teoria da cegueira deliberada quanto do dolo eventual, destacados em outro excerto do já referido voto da ministra Rosa Weber na AP 470:

[...] Questão que se coloca é a da efetiva ciência dos beneficiários quanto à procedência criminosa dos valores recebidos e à possibilidade do dolo eventual.

O dolo eventual na lavagem significa, apenas, que o agente da lavagem, embora sem a certeza da origem criminosa dos bens, valores ou direitos envolvidos quando pratica os atos de ocultação e dissimulação, tem ciência da elevada probabilidade dessa procedência criminosa.

Não se confundem o autor do crime antecedente e o autor do crime de lavagem, especialmente nos casos de terceirização da lavagem.

O profissional da lavagem, contratado para realizá-la, pelo autor do crime antecedente, adota, em geral, uma postura indiferente quanto à procedência criminosa dos bens envolvidos e, não raramente, recusa-se a aprofundar o conhecimento a respeito.

Doutro lado, o autor do crime antecedente quer apenas o serviço realizado e não tem motivos para revelar os seus segredos, inclusive a procedência criminosa específica dos bens envolvidos, ao lavador profissional.

A regra no mercado profissional da lavagem é o silêncio.

Assim, parece-me que não admitir a realização do crime de lavagem com dolo eventual significa na prática excluir a possibilidade de punição das formas mais graves de lavagem, em especial a terceirização profissional da lavagem.

(...).

A admissão do dolo eventual decorre da previsão genérica do art. 18, I, do Código Penal, jamais tendo sido exigida previsão específica ao lado de cada tipo penal específico.

O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a **doutrina da cegueira deliberada** construída pelo Direito anglo-saxão (*willful blindness doctrine*).

Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa.

Nesse sentido, há vários precedentes, como *US vs. Campbell*, de 1992, da Corte de Apelação Federal do Quarto Circuito, *US vs. Rivera Rodriguez*, de 2003, da Corte de Apelação Federal do Terceiro Circuito, *US vs. Cunan*, de 1998, da Corte de Apelação Federal do Primeiro Circuito.

Embora se trate de construção da *common law*, o Supremo Tribunal

Espanhol, corte da tradição da civil law, acolheu a doutrina em questão na Sentença 22/2005, em caso de lavagem de dinheiro, **equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro.** [...] (grifos nossos)

No caso dos autos, o conceito de dolo eventual ganha relevância quando parte dos acusados pretendem sustentar que assinaram documentos notadamente falsos sem ter conhecimento de que se destinavam a promover o branqueamento de valores ilícitos.

3.3.2. Crimes Antecedentes

3.3.2.1. *Pressuposto teórico*

Pertinente, no ponto, a observação da doutrina das Procuradoras da República Patrícia Maria Núñez Weber e Luciana Furtado de Moraes³³, citando o Juiz Federal Sérgio Moro, ao discorrerem sobre os requisitos da prova do crime antecedente necessário para a formação do juízo da prática do crime de lavagem, destacando a admissibilidade, aqui também, das evidências indiciárias para isso:

Em percuciente artigo sobre a autonomia do crime de lavagem e prova indiciária, Moro oferece uma precisa resposta à questão. Como bem pondera o autor, o dispositivo do § 1º do art. 2º da Lei 9.613/98 encerra, em verdade, apenas uma armadilha interpretativa. E explica:

"Afim, qualquer crime pode ser provado exclusivamente por meio de prova indireta. Vale, no Direito brasileiro, o princípio do livre convencimento fundamentado do juiz, conforme o art. 157 do CPP, o que afasta qualquer sistema prévio de tarifação do valor probatório das provas. O conjunto probatório, quer formado por provas diretas ou indiretas, ou exclusivamente por uma delas deve ser robusto o suficiente para alcançar o 'standard' de prova própria do processo penal, de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser provada, na feliz fórmula anglo-saxã, 'acima de qualquer dúvida razoável'.

Nestas condições, é certo que o termo 'indícios' foi empregado no referido dispositivo legal não no sentido técnico, ou seja, como equivalente a prova indireta (art. 239 do CPP), mas sim no sentido de uma carga probatória que não precisa ser categórica ou plena, à semelhança do emprego do mesmo termo em dispositivos como o art. 12 e o art. 212 do CPP.

Portanto, para o recebimento da denúncia, basta 'prova indiciária', ou seja, ainda não categórica, do crime antecedente e, a bem da verdade, do próprio crime de lavagem, como é a regra geral para o

³³ *In Lavagem de Dinheiro – Prevenção e Controle Penal*, Carla Veríssimo de Carli (org.), Verbo Jurídico, 2013, p. 371/373.

recebimento da denúncia em qualquer processo criminal. Já para a condenação, será necessária prova categórica do crime de lavagem, o que inclui prova convincente de que o objeto desse delito é produto de crime antecedente. Tal prova categórica pode, porém, ser constituída apenas de prova indireta." (grifo nosso)

Ou seja, diferentemente do momento do recebimento da denúncia, para fins de condenação, serão necessários elementos probatórios mais precisos, mesmo que circunstanciais ou indiciários, desde que convincentes, de que o objeto da lavagem tenha origem em infração penal antecedente. O importante, tal como leciona Callegari, é que haja um fato minimamente circunstanciado, e que o juiz responsável pelo julgamento do crime de lavagem saiba com precisão qual é o fato criminoso que originou os bens.

Na jurisprudência brasileira, como bem pondera Moro, não se encontram ainda significativas decisões sobre esta questão. Ao analisar a matéria, o autor cita que nos Estados Unidos a jurisprudência vem admitindo que a prova de que os bens, direitos e valores na lavagem provêm de um delito antecedente seja satisfeita por elementos circunstanciais. Neste sentido, já se decidiu que a prova de que o cliente do acusado por crime de lavagem era um traficante, cujos negócios legítimos eram financiados por proventos do tráfico, era suficiente para concluir-se que as transações do acusado com seu cliente envolviam bens contaminados. Em outro caso, entendeu-se que, quando o acusado por crime de lavagem de dinheiro faz declarações de que o adquirente de um avião é traficante e quando o avião é modificado para acomodar entorpecentes, pode ser concluído que o dinheiro utilizado para a aquisição era proveniente do tráfico de entorpecentes. Essa, segundo o autor, parece ser a melhor solução interpretativa.

Noutro giro, não é demais ressaltar que é absolutamente dispensável que haja sentença condenatória sobre o crime antecedente para que se possa fundamentar o decreto condenatório de lavagem. Com efeito, o próprio artigo 2º, inciso II, é claro neste sentido quando dispõe que o processo e julgamento sobre o crime de lavagem independe do processo e julgamento sobre a infração penal antecedente. Não obstante, há que se registrar que algumas sentenças acerca do crime antecedente poderão ter reflexos na prova do processo sobre o crime de lavagem. E o que ocorre na hipótese de sentença que negue a ocorrência do delito, ou que reconheça a existência de quaisquer causas de exclusão da tipicidade ou da ilicitude da conduta. Não há como negar, portanto, que sentenças como tais, uma vez que afastam a ocorrência do crime antecedente, poderão redundar na descaracterização do crime de lavagem.

Enfim, dada a complexidade do crime de lavagem de dinheiro e sua frequente transnacionalidade, a tarefa de comprovar a infração prévia não é simples. E foi com base nesta premissa e com o escopo de se dar maior efetividade à persecução dos delitos de lavagem que o legislador brasileiro previu a autonomia material e processual, assim como consagrou a relação de acessoriedade limitada entre o delito e seu antecedente. Logo, devem ser admitidas provas indiretas e circunstanciais sobre o crime antecedente com vistas a fundamentar um decreto condenatório da prática de lavagem de ativos, sendo toda a atividade jurisdicional pautada pelo princípio do livre convencimento motivado do juiz.

Um alicerce deve ser claro: há que se demonstrar claramente a origem

ilícita dos bens ocultados ou dissimulados, objeto da lavagem de ativos. Os demais contornos da infração precedente são menos relevantes na apreciação judicial vinculada à análise da perfectibilização ou não do crime de branqueamento.

Portanto, há que se ter em mente que o *standard* de prova a respeito dos delitos antecedentes é menos rigoroso do que aquele que se deve formar para o juízo condenatório acerca do de lavagem de dinheiro.

No caso dos autos, imputou-se aos réus a prática de delitos de lavagem de dinheiro oriundo dos antecedentes crimes de fraude às licitações, formação de cartel e corrupção. Os dois primeiros, contudo, não foram objeto de imputação específica na presente ação penal, pelo que, analisado tão somente como crime antecedente à lavagem, contenta-se com a demonstração de “indícios suficientes” de sua existência, dispensando prova cabal ou categórica, nos termos que foram descritos na denúncia e que serão rememorados no item seguinte, com o acréscimo dos elementos demonstrados na instrução processual.

3.3.2.2. Indícios suficientes quanto aos crimes de cartel e fraude à licitações

Narra a denúncia que OTHON LUIZ, ANA CRISTINA, OTÁVIO AZEVEDO, ROGÉRIO NORA, CLÓVIS PRIMO, OLAVINHO MENDES, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO, CARLOS GALLO, JOSUÉ NOBRE, JOSÉ ANTUNES, GERSON ALMADA, CRISTIANO KOK, VICTOR COLAVITTI e terceiros ainda não identificados, no período compreendido entre 25 de junho de 2007 a 05 de agosto de 2015, de modo consciente, voluntário, estável e em comunhão de vontades, promoveram, constituíram, financiaram e integraram, pessoalmente, uma organização criminosa que tinha por finalidade a prática de crimes em detrimento da ELETRONUCLEAR, notadamente os crimes de corrupção ativa e passiva, cartel e fraude a licitação, bem como a lavagem dos recursos financeiros auferidos desses crimes.

Durante a instrução processual foi corroborado de forma clara que, a partir do ano de 2007, a ANDRADE GUTIERREZ, em conjunto com outras empreiteiras, passou a compor um cartel em desfavor da ELETRONUCLEAR com o objetivo

de frustrar o caráter competitivo das licitações para implantação das obras de montagem eletromecânica da Usina de Angra 3. FLÁVIO BARRA e GUSTAVO BOTELHO foram os representantes da ANDRADE GUTIERREZ nas reuniões do cartel responsável pela execução das obras dos Pacotes Eletromecânicos 1 e 2. Nesse sentido foram os relatos extraídos dos depoimentos das testemunhas de acusação Dalton Avancini, Ricardo Pessoa e Luiz Carlos Martins, gravados em cópia de mídia eletrônica juntada aos autos.

Conforme bem elucidado por Ricardo Pessoa, a atuação do cartel teve seu início no ano de 2009 com o advento da audiência pública e da divulgação dos conceitos básicos para a licitação da usina de Angra 3. Ademais, como relatado pelo histórico de conduta formulada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), os consórcios UNA 3 e ANGRA 3 estariam constituindo as bases para os arranjos nos pacotes da obra de Angra 3 a partir de então. Como apontado na denúncia, a essa época, as empresas integrantes do consórcio já possuíam um acordo de colaboração mútuo para trabalharem em prol de que apenas fossem qualificados e que dividiriam os dois pacotes de licitação para cada um dos consórcios, sendo que ao final os dois consórcios se associariam para a execução, como de fato ocorrido.

Toda a articulação do cartel na ELETRONUCLEAR tinha a finalidade de promover condutas anticompetitivas que retirassem a possibilidade de vitória na licitação de empresas não cartelizadas, havendo, desse modo, uma reserva e o compartilhamento do mercado entre aqueles que nutriam tais condutas anticompetitivas.

Insta ressaltar que as condutas anticompetitivas desenvolvidas pelas empreiteiras ocorriam sempre com anuência do então presidente OTHON LUIZ. A conduta do ex-presidente da ELETRONUCLEAR não consistia na mera omissão, mas também na conduta comissiva de inserir cláusulas restritivas a concorrência para favorecer as empresas cartelizadas já na fase de pré-qualificação. Havia o claro intuito de serem habilitadas somente as futuras empresas ou consórcios que participariam do certame que visava a efetiva contratação para os serviços de montagem de Angra 3.

Nesse sentido, quando indagado em seu interrogatório OTHON LUIZ reconheceu a possibilidade de ocorrência de ajustes prévios entre as empreiteiras. Disse entender que isso era inevitável no mercado e a preocupação da ELETRONUCLEAR, neste

sentido, era estabelecer preços considerados justos nos editais.

Aliás, Dalton Avancini, ex-presidente da Camargo Corrêa, relatou que o direcionamento da licitação da obra de Angra 3 para as empresas cartelizadas se daria por meio da inclusão de cláusulas restritivas no edital, conduta esta que promoveria a exclusão das demais prováveis licitantes, ainda na fase de habilitação prévia.

Tal situação foi corroborada nos interrogatórios dos réus colaboradores FLÁVIO BARRA e GUSTAVO BOTELHO, conforme já descrito no tópico que tratou especificamente dos crimes de corrupção denunciados. FLÁVIO BARRA reconheceu que, após a pré-qualificação, houve entendimento prévio à licitação entre as empresas habilitadas, inclusive em relação ao processo de negociação de descontos para o caso de os dois consórcios pré-habilitados se fundissem. Admitiu também que, de fato, houve acerto prévio entre os consórcios pré-habilitados, antes da licitação, para definir qual deles ficaria com cada um dos dois pacotes. GUSTAVO BOTELHO disse que houve reuniões prévias com OTHON LUIZ e outros representantes da ELETRONUCLEAR em que tentou-se influenciar nos termos do edital, havendo sucesso em relação à determinação do número máximo de componentes de cada um dos consórcios licitantes. Já em momento posterior à pré-qualificação de dois consórcios, em 2013, reconheceu ele que, de fato, houve entendimento entre as sete empresas de que buscariam a fusão dos dois consórcios para garantir a viabilidade econômica do contrato, estabelecendo-se previamente quem ganharia cada um dos pacotes, seguindo-se um processo de negociação junto à ELETROBRAS sobre os descontos sobre o valor do orçamento a serem oferecidos em caso de fusão, havendo ao final entendimento pelo desconto de 6%.

O quadro de restrição à competitividade na licitação foi corroborado pela unidade técnica do TCU, nos termos do Acórdão nº 3238/2012, uma vez que, em decorrência do procedimento de pré-qualificação com a inserção de **cláusulas extramente restritivas**, a exemplo da exigência de atendimento de pelo menos quatro subitens por cada consorciada, antes mesmo da licitação, já eram conhecidos os nomes dos licitantes que seriam vitoriosos, restando indeterminado tão somente qual pacote caberia a cada consórcio. Não obstante, tal fato já havia sido decidido no âmbito do cartel, onde o Consórcio Una 3, do qual ANDRADE GUTIERREZ era integrante, escolheria um pacote e “desistira” do outro.

Outro indicativo a esse respeito, como foi exposto na denúncia, foi o e-mail trocado entre os diretores da Camargo Corrêa na data de 08.11.2013 (reproduzido no histórico de conduta - CADE), onde torna-se cristalino que já existia um acordo com o “cliente” - sendo que o cliente, na hipótese, somente poderia ser a contratante das obras, ou seja, a ELETRONUCLEAR. Transcreve-se o seu teor abaixo:

*From: L.C.M.
Sent: Friday, November 08, 2013 10:39:34 PM
To: M.S.B.
Subject: Reunião Conselho Angra III – 08/11*

Presentes todos os representantes das sete empresas.

Principais deliberações:

Reformulação do que foi decidido na última reunião do Conselho sobre a estratégia de venda. Decidiu-se, então, que teríamos um vencedor para cada pacote. Em conversa, nesta semana, com o cliente, notou-se o desconforto pela decisão tomada, pois tinha sido acordado, anteriormente, que haveria um vencedor para os dois pacotes, sendo que o vencedor optaria por um pacote, e outro pacote seria ofertado ao outro grupo pelo preço ofertado pelo grupo vencedor. Reformulou-se então a decisão, sendo que após acalorada discussão, o nosso grupo sairá vencedor, escolherá o pacote que lhe interessa, e o outro grupo leva o outro pacote.

O pacto realizados entre os consórcios possuía previsão da fusão entre ambos, vindo a execução ser conjunta de ambos os pacotes. Este certame realizado entre os consórcios possuía total ciência por parte da ELETRONUCLEAR, como demonstrado pelo e-mail³⁴ trocado entre só representantes do consórcio UNA 3 (ODEBRECHT, ANDRADE GUTIERREZ, UTC e CAMARGO CORREA), data de 12.11.2013, onde relata-se a reunião ocorrida na ELETRONUCLEAR em 11.11.2013 em que se discutiu subterfúgios para a junção dos consórcios em momento posterior a licitação e antes da assinatura definitiva do contrato.

Em suma, os fatos narrados na denúncia foram comprovados ao longo da fase probatória, comprovando, além dos atos de corrupção imputados, que as empreiteiras que integravam os consórcios ANGRA 3 e UNA 3 incorreram na prática do crime de cartel (art. 4º, II da Lei nº 8.137/90), assim como

³⁴ Histórico de conduta, IMAGEM 6 – Documento 34.

incorreram nos crimes tipificados nos artigos 90 e 96, V, da Lei 8.666/93 ao se ajustarem com as demais empresas consorciadas para obterem a inserção de cláusulas restritivas no edital de Pré-qualificação nº GAG.T/CN-005/11 e por eliminarem a competitividade e frustrarem a concessão de maiores descontos aos contratos negociados com a ELETRONUCLEAR.

3.3.3. Provas de materialidade e autoria dos crimes de lavagem (Fatos 03, 04, 05, 06, 07, 08, 13, 14 e 15)

Foi demonstrado através das provas documentais referidas na denúncia e na instrução processual realizada em Juízo que, para além de qualquer dúvida razoável, os valores que são objeto das operações de lavagem denunciadas são fruto das práticas de corrupção, sendo ainda possível admitir que provinham de crimes de cartel e fraude às licitações, destinando-se ao pagamento de propina a OTHON LUIZ.

Neste sentido, a denúncia imputa ROGÉRIO NORA, OTÁVIO AZEVEDO, CLÓVIS PRIMO, OLAVINHO MENDES, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO, CARLOS GALLO, JOSUE NOBRE, GERALDO ARRUDA, JOSÉ ANTUNES, CRISTIANO KOK, VICTOR COLAVITTI, OTHON LUIZ e ANA CRSITINA como incurso no crime previsto no art. 1º, parágrafo 4º, da Lei 9.6013/98 (lavagem de ativos). Segundo seus termos:

Consumados os delitos antecedentes de corrupção, cartel e fraude às licitações, entre 02/02/2009 e 26/09/2012, os denunciados **CARLOS GALLO, CLÓVIS RENATO, OLAVINHO FERREIRA MENDES**, com ciência de **FLÁVIO BARRA** e **GUSTAVO BOTELHO**, e sob a orientação e anuência de **ROGÉRIO NORA DE SÁ, OTÁVIO MARQUES** e **OTHON LUIZ**, por intermédio de organização criminosa, ocultaram e dissimularam a origem, a natureza, localização, disposição, movimentação e a propriedade de R\$ 2.930,000,00 (dois milhões e novecentos e trinta mil reais), por meio 13 repasses no valor líquido de R\$ 2.743.555,00, embasados em contratos fictícios celebrados entre a ANDRADE GUTIERREZ e a CG IMPEX e em notas fiscais emitidas com base em tais instrumentos contratuais (**FATO 03**).

Após creditados os valores provenientes da ANDRADE GUTIERREZ nas contas bancárias da CG IMPEX, entre 02/02/2009 e 26/09/2012, os denunciados **ANA CRISTINA** e **CARLOS GALLO** simularam contratos de prestação de serviços entre a CG IMPEX e a empresa

ARATEC, com a consequente emissão de notas fiscais para ocultar e dissimular a origem, a natureza, localização, disposição, movimentação e a propriedade da quantia bruta de 2.045.001,53 (dois milhões, quarenta e cinco mil, um real e cinquenta e três centavos), que foi repassada à ARATEC por meio de 38 (trinta e oito) transferências no valor líquido de R\$ 1.919.233,94. Tais condutas foram praticadas, por intermédio de organização criminosa, sob orientação e anuência de **CLÓVIS RENATO, OLAVINHO FERREIRA MENDES, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO, ROGÉRIO NORA DE SÁ, OTÁVIO MARQUES e OTHON LUIZ (FATO 04)**.

Consumados os delitos antecedentes de corrupção, cartel e fraude às licitações, entre 05/11/2012 e 01/09/2014, os denunciados **JOSUÉ NOBRE, CLÓVIS RENATO, OLAVINHO FERREIRA MENDES**, com ciência de **FLÁVIO BARRA e GUSTAVO BOTELHO**, sob orientação e anuência de **OTHON LUIZ e OTAVIO MARQUES**, e com a participação de **CARLOS GALLO**, por intermédio de organização criminosa, ocultaram e dissimularam a origem, a natureza, localização, disposição, movimentação e a propriedade de R\$ 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil reais), por meio de 5 (cinco) repasses, embasados em contratos fictícios celebrados entre a ANDRADE GUTIERREZ e a empresa JNOBRE ENGENHARIA e em notas fiscais emitidas com base nestes instrumentos contratuais (**FATO 05**).

Ademais, após creditados os valores provenientes da ANDRADE GUTIERREZ nas contas bancárias da JNOBRE, entre 05/11/2012 e 01/09/2014, os denunciados **ANA CRISTINA e JOSUÉ NOBRE**, com a participação de **CARLOS GALLO**, simularam contratos de prestação de serviços entre a JNOBRE ENGENHARIA e a empresa ARATEC, com a consequente emissão de notas fiscais para ocultar e dissimular a origem, a natureza, localização, disposição, movimentação e a propriedade da quantia bruta de **R\$ 927.500,00 (novecentos e vinte e sete mil e quinhentos reais)** que foi transferida à ARATEC por meio de 13 (treze) repasses. Tais condutas foram praticadas, por intermédio de organização criminosa, sob o comando e anuência de **OTHON LUIZ, CLÓVIS RENATO** (somente até 01/10/2013 – por 11 vezes), **OLAVINHO FERREIRA MENDES, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO e OTÁVIO MARQUES (FATO 06)**.

Consumados os delitos antecedentes de corrupção, cartel e fraude às licitações, entre 15/08/2014 e 12/12/14, os denunciados **FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO e GERALDO ARRUDA**, sob orientação e anuência de **OTHON LUIZ e OTÁVIO MARQUES**, por intermédio de organização criminosa, ocultaram e dissimularam a origem, a natureza, localização, disposição, movimentação e a propriedade de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), por meio de 01 (um) repasse, embasado em contrato fictício celebrado entre a ANDRADE GUTIERREZ e a empresa DEUTSCHEBRAS ENGENHARIA (**FATO 07**).

Efetuada o repasse dos valores pela ANDRADE GUTIERREZ, os denunciados **ANA CRISTINA e GERALDO ARRUDA**, em

12/12/2014, simularam contrato de prestação de serviços entre a DEUTSCHEBRAS e a empresa ARATEC, com a consequente emissão de nota fiscal para ocultar e dissimular a origem, a natureza, localização, disposição, movimentação e a propriedade da quantia bruta de no valor de R\$ 252.300,00 (duzentos e cinquenta e dois mil e trezentos reais) para a ARATEC. Tais condutas foram praticadas, por intermédio de organização criminosa, sob o comando e anuência de **OTHON LUIZ, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO e OTÁVIO MARQUES (FATO 08)**.

Consumados os delitos antecedentes de corrupção e fraude às licitações, entre 03/05/2010 e 05/05/2014, os denunciados **JOSÉ ANTUNES, CRISTIANO KOK, GERSON ALMADA e VICTOR COLAVITTI**, sob o concordância e anuência de **OTHON LUIZ**, por intermédio de organização criminosa, ocultaram e dissimularam a origem, a natureza, localização, disposição, movimentação e a propriedade da quantia bruta R\$ 1.529.166,00 (um milhão, quinhentos e vinte e nove mil e cento e sessenta e seis reais) por de meio de 44 (quarenta e quatro) repasses, embasados em contratos fictícios celebrados entre a ENGEVIX ENGENHARIA e a LINK PROJETOS **(FATO 13)**.

Após creditados os valores provenientes da ENGEVIX nas contas bancárias da LINK PROJETOS, entre 03/05/2010 e 05/05/2014, os denunciados **ANA CRISTINA e VICTOR COLAVITTI** simularam contrato de prestação de serviços entre a LINK PROJETOS e a empresa ARATEC, com a consequente emissão de notas fiscais frias que justificaram o repasse da quantia de **R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)**, por meio de 35 (trinta e cinco) transferências para a ARATEC.. Tais condutas foram praticadas, por intermédio de organização criminosa, sob a orientação, concordância e anuência de **OTHON LUIZ, JOSÉ ANTUNES, CRISTIANO KOK e GERSON ALMADA. (FATO 14)**

Consumados os delitos antecedentes de corrupção e fraude às licitações, nos dias 12/11/2014 e 08/01/2015, por intermédio de organização criminosa, os denunciados **JOSÉ ANTUNES, CRISTIANO KOK e ANA CRISTINA**, sob a orientação, com a concordância e a anuência de **OTHON LUIZ**, ocultaram e dissimularam a natureza e a movimentação de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), por meio de 01 repasse da ENGEVIX para a ARATEC sob o fundamento de prestação de serviços de assessoria da empresa de **OTHON LUIZ** para a empreiteira **(FATO 15)**.

Em síntese, foram imputadas as condutas de lavagem consistentes:

a) na utilização de contratos fraudulentos e notas fiscais frias para justificar repasses da ANDRADE GUTIERREZ as empresas CGIMEX, JNOBRE e DEUTSCHEBRAS para operacionalizar o branqueamento de valores repassados à ARATEC;

b) na utilização de contratos fraudulentos e notas fiscais frias para justificar repasses da ENGEVIX a empresa LINK PROJETOS, a fim de operacionalizar o branqueamento de valores repassados à ARATEC ENGENHARIA;

c) na emissão de nota fiscal fria a fim de operacionalizar o branqueamento de valores repassados pela ENGEVIX diretamente para a ARATEC.

A denúncia, neste sentido, se reportou a: a) 13 atos de lavagem consistentes em repasses da ANDRADE GUTIERREZ para a CGIMPEX no valor total de R\$ 2.930.000,00 amparados por notas fiscais frias; b) 38 atos de lavagem consistentes em repasses em razão de contratos firmadas entre as empresas CGIMPEX e ARATEC no valor total de R\$ 1.919.233,94 amparados por notas fiscais frias; c) 5 atos de lavagem consistentes em repasses da ANDRADE GUTIERREZ a empresa JNOBRE no valor total de R\$ 1.400.000,00 amparados por notas fiscais frias; d) 13 atos de lavagem consistentes em repasses da empresa JNOBRE para a empresa ARATEC no montante total de R\$ 927.500,00 comprovadas através de notas fiscais frias emitidas por OTHON LUIZ; e) 1 ato de lavagem oriundo do contrato simulado entre ANDRADE GUTIERREZ e a empresa DEUTSCHEBRAS no valor total de R\$ 330.000,00 comprovado pela nota fiscal 2671; f) 1 ato de lavagem proveniente de repasse da empresa DEUTSCHEBRAS para a empresa ARATEC no valor de R\$ 252.300,00 comprovado pela nota fiscal 623/2015; g) 44 atos de lavagem consistentes no repasse da empresa ENGEVIX para a LINK PROJETOS no valor total de R\$ 1.529.166,00 comprovado por meio de notas fiscais frias; h) 35 atos de lavagem consistentes no repasse da empresa LINK PROJETOS para a ARATEC no valor de R\$ 1.000.000,00; i) 1 ato de lavagem consistente no repasse da empresa ENGEVIX para a ARATEC no valor de R\$ 30.000,00 comprovado por meio da nota fiscal 620/2015.

Todas essas operações de lavagem estão amplamente documentadas, conforme analiticamente exposto na exordial, à qual, por economia, se remete.

Além da prova documental, os próprios interrogatórios dos réus em Juízo, não só dos réus colaboradores, confirmaram a ocorrência de tais operações de branqueamento, havendo, em grande medida, confissão quanto à ocorrência dos crimes de lavagem de dinheiro precisamente nos termos da denúncia.

ROGÉRIO NORA, ao esclarecer em seu interrogatório que quem operacionalizou os pagamentos de propina para OTHON LUIZ foi CLÓVIS PRIMO, confirmou saber que eles eram feitos mediante indicação do então presidente da ELETRONUCEAR de empresas que seriam beneficiárias de repasses (vide gravação - de 16:10 até 18:00).

Segundo CLÓVIS PRIMO, por exemplo, CARLOS GALLO lhe procurou e foi encaminhado para ser atendido pelo acusado OLAVINHO MENDES, que fazia contrato fictícios, com valores que variavam entre R\$ 100.000,00 e R\$ 300.000,00, para servirem de “guarda-chuva” aos pagamentos das “contribuições” para OTHON LUIZ, no limite de até 1% do valor total dos contratos celebrados pela ANDRADE GUTIERREZ com a ELETRONUCLEAR. Esclareceu ainda que, posteriormente, os pagamentos que até então eram realizados através da CG IMPEX passaram a ser realizados através da empresa JNOBRE. Segundo CLÓVIS PRIMO, apesar de não ter chegado a conhecer o dono da JNOBRE JOSUE NOBRE, determinou a OLAVINHO MENDES que procedesse da mesma forma anterior mediante celebração de contratos fictícios (vide gravação – de 13:00 até 18:00).

FLÁVIO BARRA também reconheceu serem fictícios todos os contratos referidos na denúncia, sendo utilizados como subterfúgio para ocultar o repasse de propina para OTHON LUIZ (vide gravação – de 14:00 até 14:15).

GUSTAVO BOTELHO reconheceu ter sido o responsável pelo pagamento de propina repassado a OTHON LUIZ através do contrato preparado e assinado por ele com a empresa DEUTSCHEBRAS, conforme indicado por FLÁVIO BARRA (vide gravação de 19:00 até 20:30). Disse conhecer GERALDO TOLEDO, como representante DEUTSCHEBRAS, tendo ele conhecimento de que o contrato era fictício e utilizado para o repasse de propina para OTHON LUIZ (vide gravação de 47:30 a 48:30). Confirmou que não foi prestado serviço pela DEUTSCHEBRAS embora tenha havido emissão de nota fiscal que subsidiou o pagamento. Sobre o contrato com a JNOBRE, GUSTAVO BOTELHO disse que, apesar de não ter assinado os seus termos, houve dois pagamentos realizados quando este contrato já estava sob sua gestão. Disse não se lembrar ter autorizado esses pagamentos, muito embora não precisasse dar essa autorização. Disse saber que esse contrato era referente

ao pagamento de propina para OTHON LUIZ. Sobre o contrato com a CG IMPEX ele já tinha se encerrado e não sabia que se tratava de pagamento de propina para OTHON LUIZ (vide gravação de 49:00 a 53:00).

OTAVIO DE AZEVEDO disse não saber que a ANDRADE GUTIERREZ celebrava contratos fictícios para ocultar o repasse de propina, esclarecendo que não tinha qualquer papel executivo sobre os negócios de concessão e engenharia (vide gravação de 01:04:00 até 01:05:00). Tal escusa (*cegueira deliberada*), assim como em relação aos atos de corrupção, não o exime da responsabilidade pela prática dos crimes de lavagem de dinheiro a ele imputados na denúncia. Aqui, mais uma vez deve se reportar aos pressupostos teóricos antes estabelecidos relacionados à valoração da prova em delitos de poder envolvendo a macro criminalidade organizada. Neste sentido, como já afirmado nesta peça, tem-se que o autor mediato, no caso, quando serve-se da estrutura empresarial que domina para determinar a atuação do ator imediato que, em que pese fungível, opta dolosamente por praticar a conduta, deve ser também responsabilizado. Isso é ainda mais relevante quando se depara com crimes praticados no seio de estruturas organizacionais em que o superior lança mão de expedientes mais complexos a fim de não só se afastar – na aparência – da cadeia causal de decisões e evitar responsabilizações, mas se ocultar.

Desta feita, OLAVINHO MENDES, um dos autores imediatos no âmbito da ANDRADE GUTIERREZ, disse que, na condição de técnico em engenharia, trabalhava como auxiliar de CLÓVIS PRIMO, sendo que o seu superior hierárquico, em 2009, determinou a ele que elaborasse uma série de contratos, o que não fazia parte de suas atribuições rotineiras, com as empresas e contatos repassados, no caso, CG IMPEX de CARLOS GALLO e JNOBRE de JOSUE NOBRE. Disse que se reuniu por algumas vezes com CARLOS GALLO no escritório da ANDRADE GUTIERREZ para definir o conteúdo dos contratos. Segundo OLAVINHO MENDES ficou claro que os contratos eram fictícios porque as empresas não prestavam serviços e porque houve uma determinação para que se produzisse elaboração de evidências que dessem respaldo aos contratos, conforme exigência da área financeira da ANDRADE GUTIERREZ para poder validar os pagamentos. Por evidências, segundo OLAVINHO MENDES, entendia-se a elaboração de algum produto para dar respaldo aos contratos fictícios que nada tinham a ver com a obra de Angra 3 (vide gravação – de 03:00 até 06:10). OLAVINHO MENDES reconheceu também que se reuniu várias vezes com JOSUE NOBRE, já a partir de 2011, para tratar da elaboração e pagamentos

referentes a cada um dos contratos, de forma a preparar a documentação que mascarasse a fraude (vide gravação – de 06:40 a 07:00). Esclareceu que, até o momento em que foi orientado por CLÓVIS PRIMO, ao final de 2013, a repassar a gestão dos contratos fictícios para GUSTAVO BOTELHO, estima terem sido feitos pagamentos à CG IMPEX e à JNOBRE da ordem de 3 milhões de reais (vide gravação – de 08:00 a 09:30).

Em relação a OLAVINHO MENDES, a denúncia foi fartamente confirmada em relação ao seu dolo de ter operacionalizado, desde 02 de fevereiro de 2009, em conjunto com CLOVIS RENATO, a lavagem dos ativos destinados a OTHON LUIZ, por meio de uma série de contratos fictícios que tinham por fim ocultar e dissimular o repasse dos recursos para o agente público. Para tanto, OLAVINHO MENDES subscreveu, na qualidade de testemunha, contratos fictícios em 02 de fevereiro de 2009, 01 de março de 2010, 01 de setembro de 2010 e 18 de agosto de 2011 com a empresa CG IMPEX, que, posteriormente, repassou os valores ao destinatário final com aparência limpa. Além disso, para justificar os contratos com a CG IMPEX, OLAVINHO MENDES simulou documentos para embasar a contratação e também o resultado fraudulento da contratação.

A seu turno, em seu interrogatório CARLOS GALLO disse que OTHON LUIZ, com quem tinha antigo relacionamento, contou-lhe em 2008 que havia prestado um serviço para a ANDRADE GUTIERREZ (estudo sobre matriz energética), que não foi pago pela empreiteira. Assim, OTHON LUIZ lhe perguntou se ele poderia utilizar a CG IMPEX para receber esses valores devidos. CARLOS GALLO concordou com o pedido de OTHON LUIZ pelo fato de serem amigos e pela grande fama profissional do almirante. Ainda segundo CARLOS GALLO, ele anuiu ao pedido influenciado por uma promessa de OTHON LUIZ de que ele poderia fazer parte do projeto das turbinas no futuro caso o ajudasse com os recebimentos. Apesar das evidências documentais, CARLOS GALLO afirmou que o contrato celebrado com a ANDRADE GUTIERREZ a pedido de OTHON LUIZ não era fictício, uma vez que “formatou e finalizou o trabalho”. CARLOS GALLO confirmou que foi OLAVINHO MENDES quem lhe passou o que precisava ser feito para atender para a celebração dos contratos e a efetivação dos recebimentos. Em relação a operação seguinte de ocultação, CARLOS GALLO reconheceu repassado o dinheiro recebido pela CG IMPEX para a ARATEC, por meio de contrato, descontados impostos e despesas operacionais. Disse que tais contratos seriam referentes à elaboração de estudos de engenharia, **acabando por reconhecer, no entanto, que ANA CRISTINA não tinha**

prestado esses serviços efetivamente, forjando-se um substrato com a finalidade de tentar justificar o repasse dos valores envolvidos. CARLOS GALLO ainda acrescentou não ter se sentido enganado por OTHON LUIZ, acreditando na justificativa apresentada e na necessidade de mascarar a origem do dinheiro pelo fato de ele ser o presidente da ELETRONUCLEAR. Em relação ao papel da JNOBRE nesse processo, CARLOS GALLO esclareceu que, por não desejava mais realizar os repasses por falta de tempo, indicou JOSUE NOBRE, com quem dividia a sala onde trabalhavam, para substituí-lo. Nesse sentido, informou a forma como se dava a operação para JOSUE NOBRE, que tomou as providências necessárias. Disse que elaborava e encaminhava os contratos e encaminhava para ANA CRISTINA para que essa assinasse pela ARATEC, sendo os objetos definidos em comum acordo. Esclareceu CARLOS GALLO que a ANDRADE GUTIERREZ avisava quanto ele poderia faturar uma nova nota fiscal e, de acordo com esse valor, após o recebimento, repassava o montante para a ARATEC.

JOSUE NOBRE, ao depor perante este Juízo, disse que conhecia CARLOS GALLO há aproximadamente 25 anos e, depois de algum tempo, teve a oportunidade de dividir escritório com ele. Em razão da grandeza da ANDRADE GUTIERREZ e da possibilidade de participar do projeto de turbinas de OTHON LUIZ, que era um profissional muito conceituado, aceitou a indicação de CARLOS GALLO para que passasse a realizar, através de sua empresa JNOBRE, as operações de transferência de dinheiro da ANDRADE GUTIERREZ para a ARATEC. Assim, a JNOBRE fez contrato com a ANDRADE GUTIERREZ no valor de 1.4 milhões de reais, valor que foi repassado para a ARATEC, descontados tributos, sem que realmente houvesse qualquer prestação de serviço que justificasse a emissão da nota fiscal. JOSUE NOBRE alegou não saber a origem do dinheiro, mas reconheceu que os contratos eram fictícios. Disse que seu contato na ANDRADE GUTIERREZ era com OLAVINHO MENDES, sendo ele quem fez o contrato que apenas assinou, emitindo em seguida notas fiscais. JOSUE NOBRE esclareceu que, em relação aos contratos fictícios, CARLOS GALLO continuou o orientando e intermediando os contatos, inclusive com a ARATEC, na pessoa de ANA CRISTINA. Disse ainda que e-mails seus trocados com CARLOS GALLO referidos da denúncia realmente eram realmente sobre as operação de transferência de dinheiro da ANDRADE GUTIERREZ para a ARATEC via JNOBRE. Disse que não tinha contato com OTHON LUIZ, tendo sido apenas uma vez apresentado a ele por CARLOS GALLO em um evento social.

Dos réus que exerceram através de suas empresas esse papel de intermediação de valores entre a ANDRADE GUTIERREZ e OTHON LUIZ, o único que não reconheceu estar-se diante de contratos fictícios foi GERALDO ARRUDA. No entanto, suas versões sobre a existência de substratos lícitos aos contratos celebrados pela DEUTSCHEBRAS com a ANDRADE GUTIERREZ e com a ARATEC, conforme ampla prova produzida nos autos, de forma alguma é capaz de se sustentar.

Em seu interrogatório, GERALDO ARRUDA, sócio administrador da DEUTSCHEBRAS, declarou que conhece OTHON LUIZ há muitos anos, com quem tinha estreita relação profissional, na medida em que este foi seu chefe e sócio no passado, na própria empresa que veio a se tornar a DEUTSCHEBRAS, oportunidade em que trabalharam juntos até o ano 2000. Alegou GERALDO ARRUDA que, quando do desligamento de OTHON LUIZ da empresa, ambos teriam celebrado um acordo para a cessão de suas cotas societárias mediante pagamento de uma comissão de 5% sobre as vendas dos contratos dos quais OTHON LUIZ foi o responsável pela captação e desenvolvimento do negócio, assim como dos contratos futuros com os mesmos clientes. Neste sentido, acrescentou que teriam sido realizados pagamentos com este intuito até o ano de 2007, mas que estes pagamentos não teriam quitado de foram integral o valor devido a OTHON LUIZ, restando um saldo a pagar (00:17:45). Segundo GERALDO ARRUDA, no início de 2014, OTHON LUIZ externou que vinha enfrentando dificuldades em financiar um de seus projetos, momento em que o interrogando manifestou que faria a quitação dos pagamentos referentes à cessão das cotas societárias até o final do ano de 2014. Esta foi a sua versão para o pagamento realizado para a ARATEC (00:21:00).

Em relação ao contrato e os pagamentos da ANDRADE GUTIERREZ, GERALDO ARRUDA declarou que, como a DEUTSCHEBRAS estava realizando um trabalho em Angra 3, instalando um sistema de segurança, externou a OTHON LUIZ que tinha interesse em se aproximar profissionalmente da empreiteira. Alguns meses após, declarou o interrogando que recebeu um contato de GUSTAVO BOTELHO, que disse haver interesse na contratação da DEUTSCHEBRAS, com o escopo de desenvolver um projeto de sistema segurança para os novos escritórios da ANDRADE GUTIERREZ, o que de fato teria sido concretizado pelo valor de R\$ 330.000,00 (00:24:00).

No ponto, vale ressaltar que, apesar de essas versões

coincidirem com as de OTHON LUIZ, elas vão de encontro ao declarado por FLÁVIO BARRA e GUSTAVO BOTELHO, que confessaram na verdade tratar-se de pagamentos com substrato simulado para efetivar repasse de propina. A versão dos réus colaboradores apresenta-se como mais crível inclusive devido às seguintes evidências que não foram explicadas devidamente por GERALDO ARRUDA:

i) indagado sobre a razão do contrato entre DEUTSCHEBRAS e a ANDRADE GUTIERREZ não ter sido registrado junto ao CREA, com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), GERALDO ARRUDA declarou que a sua empresa não tinha o costume de efetuar tal registro caso o cliente não exigisse, sendo que, no caso, a ANDRADE GUTIERREZ não exigiu (00:56:00). Tal situação causa estranheza e perplexidade, especialmente considerando a dimensão da empreiteira no mercado;

ii) de outra ponta, GERALDO ARRUDA confirmou a celebração do contrato entre a DEUTSCHEBRAS e a ARATEC, no valor de R\$ 252.300,00, sustentando, contudo, que na descrição do objeto do contrato na nota fiscal (*projetos de engenharia*) houve um “erro”, na medida em que admitiu que esta não era a intenção do contrato, e sim o mero pagamento à ARATEC, a título de comissão para OTHON LUIZ. Indagado sobre a contradição, GERALDO ARRUDA **sustentou que ficou com medo de emitir uma nota de pagamento por comissão à ARATEC, até porque já havia tomado ciência da existência da Operação Lava Jato** (00:27:10). Por outro lado, GERALDO ARRUDA declarou que a falsa descrição do objeto do contrato celebrado com a ARATEC foi realizada em comum acordo com OTHON LUIZ, sendo que ANA CRISTINA apenas teria instrumentalizado a falsidade (00:46:30);

iii) ademais, cabe destacar que em seu interrogatório GERALDO ARRUDA não soube esclarecer o fato do pagamento realizado pela DEUTSCHEBRAS à ARATEC ter sido realizado dois dias após o pagamento da ANDRADE GUTIERREZ à DEUTSCHEBRAS, limitando-se a sustentar que seria uma decorrência natural do fluxo de caixa da empresa, já que naquele momento a DEUTSCHEBRAS havia recebido diferentes pagamentos de outras empresas (00:40:50). Não é nada razoável admitir que um pagamento de um crédito tenha ocorrido 14 anos após o desligamento societário de OTHON LUIZ da DEUTSCHEBRAS e que, por absoluta coincidência, tenha sido efetuado justamente dois dias após o pagamento inquinado como ilícito realizado pela ANDRADE

GUTIERREZ à mesma empresa;

iv) e, por fim, GERALDO ARRUDA também não soube esclarecer a razão de ter constado nos registros contábeis da ANDRADE GUTIERREZ a expressão (100,0%) “*AANGRA, OVER:AANGRA E AANGRA*”, com referência ao referido contrato firmado com a DEUTSCHEBRAS (00:54:20).

Pelo teor do interrogatório do acusado GERALDO ARRUDA, verifica-se que a sua versão dos fatos em nada abala as imputações que lhe foram feitas na denúncia. Pelo contrário. O conteúdo do seu relato pessoal apenas confirma o contexto fático da concretização das fraudes em questão e do pagamento de propina, reafirmando a sequência lógica dos acontecimentos e a inconsistência das suas justificativas para os pagamentos recebidos da ANDRADE GUTIERREZ e repassados em parte a OTHON LUIZ, mediante nota fiscal e recibos reconhecidamente fictícios entre a DEUTSCHEBRAS e a ARATEC.

Em resumo, não há dúvida de que a DEUTSCHEBRAS, sob atuação do acusado GERALDO ARRUDA, foi utilizada pela ANDRADE GUTIERREZ para ocultar e dissimular a origem e natureza das vantagens indevidas repassadas para OTHON LUIZ, através de contratos inegavelmente fictícios.

Sobre as condutas de branqueamento em comento no presente tópico, também foram provadas as operações realizadas para pagamento de propina a OTHON LUIZ através de repasses dissimulados de ENGEVIX para LINK e de LINK para ARATEC, além de um último repasse feito diretamente de ENGEVIX para ARATEC.

Nesse sentido, com relação à participação de VICTOR COLAVITTI, dono da empresa LIINK nos fatos, JOSÉ ANTUNES SOBRINHO, para além dos fatos já descritos no tópico a respeito dos crimes de corrupção, esclareceu que a intenção era de realizar um investimento no valor de R\$ 1.000.000,00 no projeto conduzido por OTHON LUIZ de desenvolvimento de turbinas de baixa queda, via simulação de repasse através da LINK. Aduziu ainda que, em determinado momento, a LINK reteve parte dos valores em patamar superior ao acordado, acrescentando unilateralmente sua margem de retenção, além do desconto acordado para o pagamento de impostos (01:03:50). E que em razão dessa retenção a maior, o interrogando foi cobrado por ANA CRISTINA, sócia

administradora da empresa ARATEC, motivo que o levou a efetuar um pagamento direto no valor de R\$ 30.000,00 à ARATEC (02:08:00).

Segundo JOSÉ ANTUNES, a indicação da empresa LINK para a realização dos pagamentos direcionados à ARATEC partiu de um dos seus sócios (o qual não se recordou o nome), mas a confecção dos contratos e as tratativas do negócio (ENGEVIX-LINK) foram realizadas diretamente pelo interrogando, sem a participação dos demais sócios (02:04:40). Tal colocação é indício da responsabilidade por tais condutas por parte de CRISTIANO KOK, uma vez que ele tinha relacionamento pessoal com VICTOR COLAVITTI (não sendo crível que não tenham conversado sobre o assunto) e assinou contratos com a LINK, ajustes que o próprio JOSÉ ANTUNES admitiu serem fraudulentos.

Apesar de CRISTIANO KOK ter declarado em seu interrogatório que só teve conhecimento da natureza fictícia dos contratos entre ENGEVIX e LINK posteriormente, pela denúncia e pela imprensa, aqui aplicam-se uma vez mais as mesmas anotações a respeito da forma de valoração de prova feitas em relação à responsabilidade do acusado OTAVIO AZEVEDO. Assim, repete-se que o autor mediato, no caso, quando serve-se da estrutura empresarial que domina para determinar a atuação do ator imediato, deve ser também responsabilizado. Isso é ainda mais relevante quando se depara com crimes praticados no seio de estruturas organizacionais em que o superior lança mão de expedientes mais complexos a fim de não só se afastar – na aparência – da cadeia causal de decisões e evitar responsabilizações, mas se ocultar.

Em relação ao ponto, deve-se trazer aos autos neste momento considerações sobre o teor do interrogatório de VICTOR COLAVITTI, também réu colaborador. Afirmou ele perante este Juízo que conhecia os sócios da ENGEVIX há mais de 30 anos, tendo relação de amizade pessoal e parceria em projetos com CRISTIANO KOK. Sobre os crimes imputados, disse que em 2010 JOSÉ ANTUNES pediu-lhe para fazer pagamentos à ARATEC, pois a ENGEVIX não podia fazê-lo diretamente. Tendo concordado com pedido, esclareceu que recebeu contrato já preenchido e assinado, com parcelas mensais no valor de R\$ 30.000,00. Assim que LINK faturava o pagamento da ENGEVIX, ele descontava R\$ 5.000,00 de cada parcela para pagar tributos e depois repassava o saldo à ARATEC. Reconheceu que o contrato com a ARATEC era fictício pois não havia lastro em prestação de serviços, confessando a correção das acusações contra ele imputadas nos exatos

termos descritos na denúncia.

Pois bem; uma vez repassadas as versões dos réus componentes do núcleo econômico e do núcleo financeiro operacional da organização criminosa, passemos finalmente, às versões dos acusados que operacionalizaram o desfecho da lavagem de dinheiro através do recebimento das vantagens indevidas pela empresa ARATEC.

Nesse sentido, ANA CRISTINA, a filha do acusado OTHON LUIZ, prestou suas declarações perante este Juízo dizendo inicialmente que pretendia abrir uma empresa para prestar serviços de tradução, mas seu pai sugeriu que ela usasse a ARATEC para emitir as notas, sendo que, quando ele foi nomeado presidente da ELETRONUCLEAR, ela teve que assumir a administração da firma.

Sobre as imputações de lavagem de ativos da denúncia, com relação à CG IMPEX, ANA CRISTINA disse apenas que OTHON LUIZ lhe disse que CARLOS GALLO entraria em contato com ela a respeito de um trabalho. Seu pai então determinou que ela recebesse as diretrizes de CARLOS GALLO para que ela fizesse o que ele mandasse. CARLOS GALLO mandava os contratos pelo correio e enviava um e-mail com as informações sobre quando e quanto ela deveria faturar. ANA CRISTINA disse que não sabia nada sobre o negócio pois “não se metia nos negócios do papai” e que ele não pedia, simplesmente mandava e ela cumpria. Todos os valores recebidos eram dirigidos a OTHON LUIZ. Sobre os estudos produzidos, esclareceu que CARLOS GALLO pediu que ela os apresentasse, sendo que ela não perguntava nem questionava, somente fazia o que o pai mandava. Ela procurava informações disponíveis na internet e compilava, não era uma dissertação. Apesar dessas evidências, ainda assim ANA CRISTINA não admitiu entender que o contrato era fictício. Indagada se entendia que esse compilado valia R\$ 1.000.000,00, respondeu que não achava que esse seria o valor do estudo dela, que esse estudo seria só uma parte final de um projeto maior.

Em relação ao contrato com a JNOBRE, ANA CRISTINA disse que sequer conheceu JOSUE NOBRE e que o procedimento foi o mesmo adotado em relação à CG IMPEX, tendo inclusive CARLOS GALLO com o contato para as tratativas sobre os pagamentos e produção de documentos.

Em relação ao contrato com a DEUTSCHEBRAS, ANA CRISTINA disse conhecer GERALDO ARRUDA há muitos anos e que seu pai OTHON LUIZ lhe disse que tinha pendências a receber referentes à saída da empresa da qual fora sócio no passado. Segundo ANA CRISTINA, OTHON LUIZ disse que GERALDO ARRUDA lhe devia uma comissão e que ele iria lhe ligar, devendo ela emitir a nota fiscal na forma por ele ordenada. Nesse sentido, sabia que o que estava escrito na nota fiscal não correspondia à realidade.

Em relação ao contrato com a LINK, houve o mesmo procedimento, tratando-se, segundo informou o pai OTHON LUIZ, de investimento no projeto de turbinas. Quando houve atraso nos repasses devidos à ARATEC, ANA CRISTINA procurou JOSÉ ANTUNES, que solicitou a ela que lhe entregasse uma nota fiscal emitida em favor da ENGEVIX para que ele fizesse um pagamento.

Em suma, ANA CRISTINA alegou que em momento algum teve consciência de que poderia estar cometendo um ilícito e que não sabia que os valores pagos para a ARATEC eram oriundos de propina. Tal alegação não se sustenta a ponto de impedir sua condenação pela lavagem de ativos ante as evidências insofismáveis de que os contratos eram fictícios, ou seja, a origem dos pagamentos não era a mesma dos objetos dos negócios. Além do mais, a cega obediência às ordens do pai não lhe dão, à luz do ordenamento jurídico, carta branca para o eventual cometimento de ilícitos.

Ouvido sobre as imputações de lavagem de dinheiro, OTHON LUIZ, apenas com a ressalva de não admitir que o dinheiro era oriundo de propina, admitiu as operações de ocultação dos pagamentos feitos pela ANDRADE GUTIERREZ, via CGIMPEX e JNOBRE, e pela ENGEVIX, via LINK. Não reconheceu, no entanto, os pagamentos feitos pela DEUTSCHEBRAS como operações da mesma natureza, justificando o pagamento como uma dívida relativa a um comissionamento passado.

Desta feita, indagado sobre o contrato da ARATEC com a CGIMPEX e a versão apresentada no interrogatório de CARLOS GALLO de que o contrato era fictício, uma vez que a intenção seria fazer o dinheiro sair da ANDRADE GUTIERREZ para chegar na ARATEC, OTHON LUIZ respondeu que isto foi verdade. Reconheceu, neste

sentido, que o dinheiro não poderia ser sido passado diretamente em razão de sua condição de presidente da ELETRONUCLEAR e por esse motivo indicou CARLOS GALLO para intermediar o repasse através de sua empresa CGIMPEX. Reconheceu desta feita que se tratava de um disfarce mas não era para o recebimento de propina e sim por um serviço que tinha feito.

Em seguida, confirmou a versão de JOSUE NOBRE admitindo que o mesmo procedimento de triangulação foi adotado em relação à empresa JNOBRE (42:00 a 43:50).

Disse que não conheceu VICTOR COLAVITTI e que a indicação da empresa LINK para realizar o repasse foi feita pelo próprio JOSÉ ANTUNES, admitindo que era fictício o contrato dessa empresa feito com a ARATEC. Reconheceu OTHON LUIZ que na época em foi acertado esse “investimento” pela ENGEVIX ele já estava presidindo a ELETRONUCLEAR, mas não se tratava de pagamento de propina. Disse que, se fosse hoje, não faria o negócio, mas que “achava ele lícito do ponto de vista moral ainda que não o fosse sob o ponto de vista administrativo ou judicial” e que “não se sentia fazendo nada de errado” (51:20 a 1:00:00).

Indagado sobre um pagamento da ENGEVIX para a ARATEC em dezembro de 2014, não soube dizer do que se tratava, nem porque consta na nota fiscal “projetos de tubulação” (2:20:30 a 2:20:40)

Indagado sobre os pagamentos feitos pela DEUTSCHEBRAS para a ARATEC afirmou tratar-se de pagamento atrasado de comissão. Essa comissão era relativa a negócio que intermediou em 1997 para a DEUSTSCHEBRAS, empresa da qual era sócio na época, de fornecimento de equipamentos por empresa alemã em contrato de instalação de equipamentos de segurança para a Abin (10:50 a 13:00). Indagado sobre o porquê de na nota fiscal emitida pela ARATEC para fundamentar o alegado recebimento de comissão pela DEUTSCHEBRAS constar “projetos de engenharia” e não “pagamento de comissão”, OTHON LUIZ, disse que GERALDO TOLEDO, como tinha também contrato com a ANDRADE GUTIERREZ, não queria botar comissão para não parecer que era algo ilícito (2:08:30 a 2:09:24).

Indagado sobre o papel de sua filha ANA CRISTINA na ARATEC, explicou que ela foi colocada como sócia diante da incompatibilidade gerada pela assunção da presidência da ELETRONUCLEAR, sendo que ela necessitava de uma firma para prestar seus serviços como tradutora. Sobre os contratos fictícios, disse apenas que determinou a ela que atendesse o que ele falasse dizendo que se referia aos seus negócios (47:00 a 49:00).

A partir de uma análise atenta, chama a atenção nas alegações de OTHON LUIZ a ciência dele de que era necessário ocultar os pagamentos pela incompatibilidade legal gerada por sua condição de presidente da ELETRONUCLEAR. Se era necessário ocultar, como seria possível crer que ele não sabia que fazia algo ilícito? Será que OTHON LUIZ se achava, devido ao seu poder, conhecimento e inteligência extraordinárias que estaria acima do bem e do mal? Que o certo e o errado era o que ele entendesse que assim o fosse e não o que o ordenamento jurídico estabelece como lícito e ilícito? São apenas perguntas que ficam no ar diante das versões por ele apresentadas sobre os crimes por ele cometidos amplamente demonstrados nos autos. Vale dizer, neste sentido, que indagado em interrogatório se achava que os fins justificam os meios, OTHON LUIZ nada respondeu.

Como já se disse, não havia razão para que OTHON LUIZ promovesse o recebimento dos valores ilícitos por intermédio operadores financeiros se não tinha a intenção de dissimular a origem, disposição, movimentação e propriedade dos valores ilícitos.

Assim, tanto pelo lastro documental quanto pela farta prova oral, cabalmente demonstrada a materialidade das condutas de lavagem imputadas.

Vale ressaltar que o depósito em conta de terceiros é suficiente para caracterizar o crime de lavagem, pelo que cada depósito assim realizado configura a consumação de um delito autônomo.

Quanto à individualização das condutas dos executivos da ANDRADE GUTIERREZ e da ENGEVIX acusados, assim como seus respectivos operadores financeiros, no que tange às condutas de lavagem de dinheiro, reporta-se também, por

economia, além do que já foi descrito neste tópico, à análise empreendida no item no qual foi descrito o domínio dos fatos exercidos por OTÁVIO DE AZEVEDO, ROGÉRIO NORA, CLÓVIS PRIMO, OLAVINHO MENDES, FLAVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO, CARLOS GALLO, JOSUE NOBRE, GERALDO TOLEDO, JOSÉ ANTUNES, CRISTIANO KOK, VICTOR COLAVITTI, OTHON LUIZ e ANA CRISTINA, assim como a divisão de tarefas atinentes à execução direta de determinadas condutas criminosas.

Diante do exposto, comprovados os atos de lavagem denunciados, sendo que, praticados de forma reiterada e por intermédio de organização criminosa, devem os réus ser condenados na forma do artigo 1º c/c art. 1º, § 2º, II da Lei 9.613/98, com incidência da causa especial de aumento de pena do § 4º do mesmo artigo, conforme imputações contidas na denúncia.

3.4. Embaraço à investigação de organização criminosa

(Fatos 09 e 10)

A denúncia imputa ANA CRISTINA, OTHON LUIZ e CARLOS GALLO como incursores pela prática do crime previsto no art. 2º, parágrafo 1º, da Lei 10.850/03 (embaraço à investigação de organização criminosa). Segundo seus termos:

No dia 31/07/2015, às 20:25 horas, na cidade de Curitiba/PR, ANA CRISTINA, de modo consciente e voluntário, com anuência e vontade de OTHON LUIZ, embaraçou a investigação de infração penal que envolva organização criminosa, pois fez uso de documentos falsos perante a 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, fraudando a instrução processual, nos autos 5028308-36.2015.4.04.7000, no evento 91, OUT2, OUT3, OUT4, OUT5, OUT6, OUT9, OUT10 e OUT11 (FATO 09).

No dia 13/08/2015, às 18:09 horas, na cidade de Curitiba/PR, CARLOS GALLO, de modo consciente e voluntário, embaraçou a investigação de infração penal que envolva organização criminosa, pois fez uso de documentos falsos perante a 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, fraudando a instrução processual, nos autos 5026417-77.2015.4.04.7000, no evento 50, OUT2, OUT3, OUT4, OUT5, OUT6, OUT7, OUT8, OUT9, OUT10,, OUT11, OUT12 e OUT13 (FATO 10).

Entendeu-se configurado o crime, nos termos da denúncia, diante do fato de os acusados ANA CRISTINA, OTHON LUIZ e CARLOS GALLO terem,

entre julho e agosto de 2015, no curso das investigações que ensejaram a denúncia, em resposta a promoção do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, terem apresentado à Justiça Federal em Curitiba, apesar de advertidos, justamente os documentos ideologicamente falsos referentes aos contratos celebrados com a ANDRADE GUTIERREZ, CG e ARATEC para simular o repasse das vantagens indevidas objetivo dos crimes de corrupção imputados, fraudando com isto a instrução processual.

Isto porque, no momento da utilização, os acusados já haviam comparecido aos autos, sabiam das suspeitas de pagamento dissimulado de propina, foram advertidos pelo juízo, sabiam que os documentos eram falsos, e mesmo assim os utilizaram como verdadeiros fossem. O objetivo dos denunciados seria então, nos termos da denúncia, iludir e conduzir a investigação a caminhos incorretos.

Indagado sobre a imputação de embaraço à investigação de organização criminosa, OTHON LUIZ disse estar surpreso pois, quando ANA CRISTINA respondeu ao Ministério Público, ele estava preso e nem chegou a conversar com ela (2:09:00 a 02:09:30).

Indagada também sobre a mesma imputação, ANA CRISTINA disse, que por não saber que os contratos eram oriundos do pagamento de propina, não viu problema em apresentar os documentos à Justiça, tendo apenas atendido à intimação. Nesse sentido, não teve naquele momento, qualquer intenção de obstruir ou atrapalhar o andamento das investigações. Disse ainda que, naquele momento, não teve qualquer contato com seu pai OTHON LUIZ, não tendo o visitado na cadeia.

Por fim, indagado, CARLOS GALLO afirmou a respeito dos documentos apresentados à Justiça, disse que não teve intento em obstruí-la, posto que apresentou todos os documentos que detinha em seu poder, sem qualquer orientação por parte do OTHON LUIZ que já se encontrava preso (47:00 a 49:01).

A versão dos acusados não de que não tentaram obstruir a investigação não merece guarida. Como é cediço, a Lei 12.850/2013, ao disciplinar o combate ao crime organizado, dispôs em seu art. 2º, §1º que incorre nas mesmas penas daquele que

participa de organização criminosa (caput, art.2º) o indivíduo que com sua conduta “*impede, ou de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa*”.

A doutrina aponta que “impedir” significa inviabilizar, impossibilitar, ou seja, é efetivamente não permitir o curso normal da investigação. Já a conduta consistente em embaraçar consiste em dificultar, tumultuar, atrapalhar a realização do ato investigatório.

No caso em tela, OTHON LUIZ, ANA CRISTINA e CARLOS GALLO tiveram a eles imputados a infração penal descrita no §1º, art. 2º do supramencionado diploma legal, posto que, nos termos da denúncia, entregaram documentos falsos para justificar os contratos fictícios, que serviam de embuste para o suborno, com objetivo de frustrar aquela investigação criminal em curso.

Nesse sentido, em que pese haja manifestação de alguns autores da doutrina especializada no sentido de que aquele que é o próprio investigado por crime de participação em organização criminosa não possa ser sujeito ativo do tipo penal em epígrafe, pois se estaria diante de *post factum* impunível, verifica-se que não foi essa a intenção do legislador ao editar a norma.

Isso porque, muito embora uma aplicação prematura do princípio da consunção pudesse sugerir que o delito em epígrafe consiste mero *post factum* impunível do delito de participação em organização criminosa, trata-se, em realidade, de tipo penal autônomo que descreve um crime independente e totalmente distinto do primeiro.

De fato, há um equívoco na posição topográfica do delito de impedimento ou embaraçamento de investigação de organização criminosa, pois conforme preleciona Eduardo Araújo da Silva³⁵ “*tal conduta, na verdade, deveria estar prevista na Seção V da lei, que disciplina os - Crimes Ocorridos na Investigação e na Obtenção da Prova - , cujas penas variam de um a quatro anos*”.

35 SILVA, Eduardo Araújo da, Organizações Criminosas, Aspectos Penais e Processuais da Lei 12.850/13, 2ª Edição, Atlas, São Paulo, 2013.

Desse modo, verifica-se que as condutas praticadas pelos acusados ao apresentarem documentos falsos com fulcro em lastrear contratos fictícios e assim, comprometer a atividade de investigação, não podem ser alcançadas pelo princípio em questão. Em questão análoga envolvendo o crime de falsa identidade o STF já se manifestou pela pena do Ministro Dias Toffoli:

CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL. ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA. ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA CONFIGURADA.

O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes.

MANIFESTAÇÃO

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado, na parte que interessa:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO E CRIME DE FALSA IDENTIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. AFASTADA. MÉRITO. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. AUTODEFESA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. DELITO DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. AUSÊNCIA DOS VETORES CARACTERIZADORES. CONFIGURAÇÃO DA LESÃO JURÍDICA EFETIVA E DA OFENSIVIDADE, PERICULOSIDADE E REPROVABILIDADE DA CONDUTA. PEDIDO DE EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DA PENA. EXCLUSÃO DA ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA PERSONALIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESLOCAMENTO DAS QUALIFICADORAS PARA A PRIMEIRA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. AFASTAMENTO. REINCIDÊNCIA. APLICABILIDADE. COMPENSAÇÃO ENTRE AGRAVANTE E ATENUANTE. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SEMIABERTO. SÚMULA 269 DO STJ. MANUTENÇÃO. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DAS EXECUÇÕES PENAIAS. CONDENAÇÃO EM DANOS MATERIAIS E MORAIS. EXCLUSÃO. FATO ANTERIOR À LEI Nº 11.719/2008. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. A CONDUTA DAQUELE QUE SE ATRIBUI FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL, EM

ATITUDE DE AUTODEFESA, É ATÍPICA, EM OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE GARANTE O DIREITO AO SILÊNCIO, BEM COMO POR INEXISTIR PERIGO DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE TUTELADO (PRECEDENTES DO STJ E TJDF) (fls. 303/304).

No extraordinário, o recorrente, em preliminar formal devidamente fundamentada sustenta a repercussão geral do tema versado no apelo extremo, quanto a seus aspectos sociais e jurídicos.

No mérito, discute-se, sob a ótica das disposições do artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, se o direito de autodefesa comporta interpretação extensiva à conduta do agente de atribuir-se falsa identidade por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, visando omitir antecedentes criminais (fl. 318).

Entendo que a questão apresenta densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes, dada a relevância da matéria.

Considerando a quantidade de causas similares que tramitam em todas as instâncias da Justiça brasileira e o fato de o presente recurso ser representativo da controvérsia aqui suscitada, o reconhecimento da relevância do tema constitucional aqui deduzido e o seu julgamento, sob a égide da repercussão geral, possibilitará a fruição de todos os benefícios daí decorrentes.

Aliás, é farta a jurisprudência da Corte no sentido de ser fato típico o ato de o agente, ao ser preso, com o intento de ocultar seus maus antecedentes, identificar-se com nome falso. Confira-se:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS'. CRIME DE ROUBO: CONSUMAÇÃO. FALSA IDENTIDADE. SEQUESTRO.

I. - Crime de roubo: consuma-se quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, consegue retirar a coisa da esfera de vigilância da vítima. II. - Tipifica o crime de falsa identidade o fato de o agente, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes. III. - Crime de sequestro não caracterizado.

IV. - Extensão ao co-réu dos efeitos do julgamento, no que toca ao crime de sequestro. V. - H.C. deferido em parte (HC nº 72.377/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 30/6/95);

I. Sentença: fundamentação: não e omissa a sentença que explicita as premissas de fato e de direito da decisão e, ao fazê-lo, afirma tese jurídica contrária a aventada pela parte, ainda que não o mencione. II. Uso de documento falso (C.Pen., art. 304): não o descaracterizam nem o fato de a exibição de cédula de identidade e de carteira de habilitação terem sido exibidas ao policial por exigência deste e não por iniciativa do agente - pois essa é a forma normal de utilização de tais documentos -, nem a de, com a exibição, pretender-se inculcar falsa identidade, dado o art. 307 C. Pen. e um tipo subsidiário (HC nº 70.179/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 24/6/94).

No mesmo sentido destaco o RE nº 561.704/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 3/4/09; o HC nº 92.763/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 25/4/08; o HC nº 73.161/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ de 22/11/96, e, ainda, as seguintes decisões monocráticas: RE nº 640.133/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 5/8/11; RE nº 639.732/DF, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 13/6/11; e RE nº 630.11/DF, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 1º/10/10, entre outros.

Ante o exposto, manifesto-me pelo reconhecimento da repercussão geral do tema constitucional examinado no presente recurso extraordinário e pela **ratificação da jurisprudência deste Supremo Tribunal, consolidada no sentido de que o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante**

autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). Portanto, nos termos do art. 323-A do Regimento Interno desta Suprema Corte, conheço do recurso extraordinário e a ele dou provimento para reformar parcialmente o acórdão recorrido, tão somente para restabelecer a condenação proferida pelo Juízo de primeiro grau quanto ao delito previsto no art. 307 do Código Penal (fls. 238 a 255).

Ante a situação exposta, a despeito da negativa dos acusados, entende-se, para além da própria pertinência à organização criminosa, configurado o crime de embaraço à investigação de organização criminosa, motivo pelo qual o MPF protesta pelo julgamento procedente da ação penal também em relação ao ponto.

3.5. Evasão de divisas

3.6.1. Pressupostos teóricos

Como a epistemologia moderna das provas demonstra, toda conclusão a respeito de uma prova é alcançada não apenas com base em tal evidência mas também com base no conhecimento de mundo da pessoa que analisa a prova. Isso torna um pouco difícil o sucesso no processamento de crimes complexos. A acusação, usualmente, trará “fumaça” para provar “fogo”, ou seja, trará prova indiciária para demonstrar condutas delitivas que caracterizam crimes contra o sistema financeiro ou de lavagem de dinheiro. O significado da prova trazida depende, evidentemente, de um conhecimento de mundo, isto é, do conhecimento especializado das tipologias de lavagem de dinheiro consistente no uso de *offshores*, e de técnicas empregadas em crimes financeiros.

Nesse sentido, o *Procurador da República Deltan Dallagnol* em considerações de natureza doutrinária escreveu no artigo *Tipologias de Lavagem*³⁶:

9.5.22. Paraísos fiscais e Centros Financeiros Offshores (CFOs). *Embora seja conturbada a conceituação dos paraísos fiscais³⁷, a leitura de ampla literatura permite concluir que o cerne do seu conceito repousa em um fator central, conjugado com outro de dois fatores complementares. O fator central é (1) a tributação reduzida ou nula dos rendimentos de não residentes, ou de equiparados a não residentes, incluídas nesta categoria as sociedades lá constituídas e que não*

36 DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *Tipologias de lavagem*. In: CARLI, Carla Verissimo de (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

37 PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*, p. 143.

exercem atividades na economia local (offshores). A esse fator central se agrega um ou ambos de dois fatores complementares: (2) oferecimento de facilidades para constituição de pessoas jurídicas (como sociedades offshores) e arranjos legais (como trusts) que garantam anonimato a seus reais titulares; e/ou (3) a existência de um sistema bancário consolidado e estável com sigilo bancário quase ou totalmente impenetrável. Quando esta última característica está presente, o paraíso fiscal é, simultaneamente, um Centro Financeiro Offshore. Como as oportunidades oferecidas pelos paraísos o são a pessoas que não residem em tais lugares, estando os residentes privados de acesso, seus serviços são conhecidos como “serviços offshore” (em tradução literal: off + shore = fora da costa).

Não obstante de igual modo não seja pacífica a questão terminológica, podem-se usar no mesmo contexto, no estudo da lavagem de dinheiro, as expressões “refúgio fiscal, oásis fiscal, esconderijo fiscal, país de tributação favorecida, jurisdição fiscal mais vantajosa, regime tributário mais vantajoso, zona de exclusão fiscal, regime fiscal preferencial, território de regime fiscal privilegiado ou, simplesmente, paraíso fiscal (‘tax heaven’)”.³⁸ Muitas vezes se encontrará o uso, para indicar a mesma realidade apontada pelo paraíso fiscal, da expressão Centro Financeiro Offshore (CFO, ou Offshore Financial Center – OFC) ou equivalentes, o que é feito, por exemplo, pelo Financial Stability Forum³⁹ e engendra outro campo de confusão terminológica à parte. Contudo, com base em conceitos de vários autores⁴⁰, pode-se entender que a ideia de CFO está vinculada à presença no território de um atrativo mercado bancário internacional offshore, o que pode não ser encontrado, como efetivamente não é, em vários dos paraísos fiscais.

*As vantagens oferecidas pelos paraísos fiscais são muitas e variam entre as diferentes jurisdições⁴¹ que têm como nota comum a baixa ou nula tributação. Podem-se destacar as seguintes⁴²: **tributárias**: a) baixa ou nenhuma tributação em ganhos de negócios ou investimentos de não residentes; b) inexistência de tributos retidos na fonte para não residentes; **societárias**: c) baixo nível de exigências, custos e prazos para constituição de sociedades; d) regime de licenciamento de empresas aberto e flexível; e) desnecessidade de presença física para*

38 PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*, p. 143-144.

39 FINANCIAL STABILITY BOARD. *Financial Stability Forum: report of the working group on offshore centres*. Observa-se nesse trabalho, na fl. 9, as oito características dos CFOs que identificam o que aqui é apontado como paraíso fiscal, deixando de constar no rol, especificamente, a forte presença de bancos.

40 Vejam-se, por exemplo, os 6 conceitos doutrinários expostos no *Appendix II*, ou ainda os conceitos do Fundo Monetário Internacional na página 6, da seguinte publicação do FMI: ZOROMÉ, Ahmed. *Concept of offshore financial centers: in search of an operational definition*. IMF Working Paper. No mesmo sentido a definição dada pelo FMI em estudo publicado em 2000: IMF. *Offshore Financial Centers – IMF Background Paper* (“a more practical definition of an OFC is a center where the bulk of financial sector activity is offshore [...] are usually referred as: jurisdictions that have relatively large numbers of financial institutions engaged primarily in business with non-residents”).

41 Na abordagem dos paraísos fiscais e centros *offshore* é comum o uso do termo “jurisdições” ao invés de “países” para indicar qualquer território com sistema legal próprio, independentemente de ser ou não um estado soberano, pois é o regime conferido pelo sistema legal que permitirá sua caracterização ou não como paraíso financeiro.

42 Com base especialmente nas seguintes fontes, dentre outras: a) FINANCIAL STABILITY BOARD. *Financial Stability Forum: report of the working group on offshore centres*, p. 9; b) MORAES, Deomar de. *Paraísos fiscais, centros offshore e lavagem de dinheiro*, p. 98; c) BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro*, p. 19-20; e d) RICHARDS, James R. *Transnational criminal organizations, cybercrime, and money laundering*, p. 79.

empresas e instituições financeiras; f) uso flexível de trusts e veículos corporativos especiais (offshores) que permitem a ocultação de ativos; g) uso de ações ao portador para indicar a titularidade de empresas; bancárias: h) existência de sistemas financeiros bancários e não bancários bem estabelecidos; i) existência de contas anônimas, numeradas ou nominees; domiciliares: j) indisponibilidade de incentivos similares para residentes; legais quanto ao sigilo: k) alto nível de confidencialidade baseado em leis de sigilo impenetráveis – sigilos bancário, comercial, profissional e fiscal; cambiais: l) regime de câmbio liberal, com pouco ou nenhum controle, inclusive quanto ao ingresso e saída de recursos do país; m) liberdade de remessas financeiras de renda ou capital e baixo ou nenhum monitoramento dos fluxos; quanto à economia: n) estabilidade econômica (o que engloba a estabilidade política); o) estabilidade jurídica, com legislação bancária, comercial e fiscal clara e estável; p) vinculação da moeda local a uma moeda forte com dólar, euro ou libra, ou possibilidade de realizar operações em moeda estrangeira; q) regimes de supervisão leves e flexíveis; r) uso de instrumentos monetários pagáveis ao portador; estratégicas: s) adequada posição geográfica; t) acesso a zonas francas de comércio; u) adequada infraestrutura de transportes e telecomunicações; v) boa estrutura de profissionais contábeis, notariais e advogados; legais quanto à lavagem: w) lavagem de dinheiro não ser tipificada como crime ou lista de crime antecedentes bem restrita; x) capacidade reduzida de investigação e coibição de lavagem de dinheiro, inclusive no tocante ao bloqueio e perdimento de valores; y) ausência de identificação no fechamento de operação financeira.

Apesar de não existir espaço aqui para detalhar a regulação brasileira sobre os paraísos fiscais, deve-se apontar que a IN 188/2002 da Receita Federal identificou os países com tributação favorecida ou que opunham sigilo quanto à composição societária das pessoas jurídicas em uma lista negra de 53 nações, pecando ao omitir paraísos reconhecidos como Uruguai e Delaware/EUA. Nos estudos indicados ao fim deste item poderão ser encontradas outras listas, englobando um número maior de países. É interessante ainda mencionar que a lista negra de paraísos fiscais argentina arrola hoje 87 jurisdições de baixa ou nula tributação.⁴³

A simples oferta de isenção de tributos, a que está intimamente ligada a ideia de paraíso fiscal, não seria suficiente para atrair a um local os lavadores de dinheiro, como frisa Romantini⁴⁴, mas sim o sigilo e a baixa fiscalização e regulação. Com efeito, aquelas mesmas características que tornam os paraísos fiscais atrativos sob o ponto de vista do planejamento tributário e da sonegação fiscal, atendem os mais altos padrões de exigência dos criminosos que objetivam lavar dinheiro: de um lado lhes conferem anonimato, tanto na constituição e titularidade de empresas (sigilo de entidades legais) como na movimentação de dinheiro (sigilo bancário), a baixos custos e burocracia; de outro lado dificultam o desencadeamento e desenvolvimento de uma investigação, quer pelo sigilo empresarial e bancário envolvido, quer pela necessidade de cooperação internacional, a qual envolve custos,

43 Decreto 1.344/98 atualizado (última alteração da lista foi feita pelo Decreto 916/04). Embora a lista seja numerada até a 88ª posição, deve-se observar que o item 45 foi suprimido em 2003. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/54488/textact.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

44 ROMANTINI, Gerson Luís. *O desenvolvimento institucional do combate à lavagem de dinheiro no Brasil desde a Lei 9.613/98*, p. 72.

tempo e nem sempre é prestada do modo adequado em tais jurisdições. A abertura que conferem à lavagem já foi há tempo reconhecida pela OCDE, mesmo que de passagem, ao abordar os paraísos fiscais.⁴⁵

O uso dos esconderijos fiscais pelos lavadores, sob o manto de tais vantagens, ocorre normalmente em duas direções⁴⁶. A primeira é a constituição de empresas offshores (com variados tipos societários: holdings, tradings, fundações, sociedades anônimas, companhias de responsabilidade limitada etc.), com sede neles, em cujos estatutos não aparece o nome dos criminosos, ou a formalização neles de outros arranjos legais, especialmente trusts, assuntos que são objeto de tópicos adiante, na abordagem das técnicas do uso de terceiros. A segunda direção é a manutenção e circulação dos recursos sujeitos em bancos e instituições financeiras localizados nos paraísos (bancos correspondentes, offshore banks ou shell banks), o que é uma técnica distinta, de movimentação de recursos, muito embora seja comum a sua utilização aliada a trusts e offshores, isto é, a movimentação de valores em nome de offshores ou com emprego de trusts em instituições sediadas também em paraísos fiscais.⁴⁷ Vários autores, como Richards, destacam a movimentação de recursos em paraísos bancários offshores como a principal técnica utilizada na segunda fase da lavagem (estruturação ou layering)⁴⁸, sendo tanto maior o sucesso quanto maior o número de diferentes países pelos quais passam os recursos. Segundo o GAFI, essa técnica é uma das seis mais associadas à grande corrupção.⁴⁹

(...)

Embora tais paraísos muitas vezes não se neguem a colaborar quando estão sendo investigados crimes graves, como tráfico ou corrupção, o grande problema é que boa parte das investigações da lavagem não se desenvolve no que se propõe chamar de sentido cronológico ou direto, partindo do crime antecedente, mas sim no que se propõe chamar de sentido inverso ou da UIF, o qual parte de indicadores de lavagem (red flags) como movimentações de recursos atípicas, iniciando-se aí um processo de rastreamento do dinheiro (paper trail ou paper tracing) que tende a chegar a um crime antecedente ainda desconhecido. Nessa última hipótese, a investigação será barada em eventual passagem do dinheiro por paraíso fiscal, pois não se sabendo qual é o crime antecedente, e muito menos que ele é de categoria mais grave, não se obterá a colaboração daquele país.

45 OECD. *Harmful tax competition – an emerging global issue*, p. 23/24.

46 Um quadro com descrição exemplificativa de possíveis usos, lícitos e ilícitos, dos paraísos fiscais, é fornecido pelo Fórum de Estabilidade Financeira: FINANCIAL STABILITY BOARD. *Financial Stability Forum: report of the working group on offshore centres*, p. 11.

47 Dentro de uma classificação que Pinto apresenta dos paraísos fiscais (quanto à espécie de favorecimento proporcionado), duas das três modalidades têm correspondência com esses 2 diferentes aproveitamentos aqui apresentados: a primeira é a dos paraísos com regime societário favorecido (favorecem constituição de *holdings*, *tradings* etc.); a segunda é a dos paraísos com regime bancário e financeiro favorecidos, altamente propícios para a lavagem de ativos, nos quais se encontram os *centros financeiros offshore*. A terceira categoria seria a dos paraísos com regime penal favorecido (não tipificam ou não previnem e combatem adequadamente crimes patrimoniais, econômicos, financeiros e de lavagem, deixando ainda de colaborar com investigações de outros países) (PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*, p. 149-151). Mas, evidentemente, alguns países poderão ostentar uma combinação dessas características ou todas.

48 RICHARDS, James R. *Transnational criminal organizations, cybercrime, and money laundering*, p. 49.

49 FATF. *Laundering the proceeds of corruption*. As seis técnicas são: veículos societários e *trusts*; *gatekeepers*; instituições financeiras domésticas; *offshores* e jurisdições estrangeiras; *nominees*; e dinheiro em espécie.

QUADRO X. SAIBA MAIS...

1. UNODC. *Financial Havens, Banking Secrecy and Money Laundering*.
2. FINANCIAL STABILITY BOARD. *Financial Stability Forum: report of the working group on off-shore centres*.
3. IMF. *Offshore Financial Centers – IMF Background Paper*.
4. ZOROMÉ, Ahmed. *Concept of offshore financial centers: in search of an operational definition. IMF Working Paper*.
5. OECD. *Harmful tax competition – an emerging global issue*.
6. PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*.

(...)

9.7. Técnicas de uso de terceiros (pessoas físicas ou jurídicas)

As técnicas de uso de terceiros ou de distanciamento pessoal constituem artifícios, usados pelos lavadores, que objetivam vincular os recursos, de modo transitório ou permanente, a terceiras pessoas, físicas ou jurídicas, as quais não possuam relação com os crimes antecedentes. Isso, além de propiciar a lavagem dos recursos, previne a apreensão dos bens que decorrem de crimes, protegendo o patrimônio ilegítimo. Tais técnicas aparecem em uma grande variedade de formas de modo conjugado com as técnicas de mera movimentação ou de simulação de origem. Como exemplos clássicos dessa conjugação podem-se citar a compra de imóveis em nome de terceiros^{50 51}, a utilização de contas em nome de terceiros ou a realização de loan-back e investimento direto através de offshore. O uso de boa parte dessas técnicas é hoje facilitado pela internet, em que se podem comprar identidades falsas ou offshores, como bem discorre Lilley⁵² em seu livro que bastante se debruça sobre as facilidades hoje disponíveis a criminosos. Segundo o GAFI, o uso de nomees, pessoas que agem em benefício de outras, englobando interpostas pessoas e familiares, é uma das seis técnicas mais associadas à grande corrupção.⁵³

(...)

9.7.10. Sociedades offshore: lavagem e blindagem patrimonial.

Como antes se mencionou na abordagem dos paraísos fiscais, que é pano de fundo desta matéria, uma categoria deles apresenta regime societário favorecido, propiciando, com as múltiplas vantagens já apreciadas do paraíso fiscal, a constituição neles, a custos, burocracia e tributação baixos, de entes coletivos que escondam, sob o manto do sigilo jurídico empresarial exacerbado, os seus reais controlado-

50 FATF. *Money laundering & terrorist financing through the real estate sector*.

51 OECD. *Report on tax fraud and money laundering vulnerabilities involving the real state sector*, p. 2.

52 LILLEY, Peter. *Dirty dealing: the untold truth about global money laundering, international crime and terrorism*, p. 10 e ss.

53 FATF. *Laundering the proceeds of corruption*. As seis técnicas são: veículos societários e trusts; gatekeepers; instituições financeiras domésticas; offshores e jurisdições estrangeiras; nomees; e dinheiro em espécie.

res (proprietários-beneficiários). As sociedades offshore, muitas vezes designadas simplesmente como offshores, são legal persons definidas por Edson Pinto como “pessoas jurídicas que atuam, exclusivamente, fora dos limites territoriais onde está localizada a matriz, realizam seus negócios não necessariamente em paraísos fiscais, com capital de não residentes, distintas finalidades e diversas classificações, sendo concebidas da forma que melhor atenda aos desígnios dos sócios, como, por exemplo, uma sociedade anônima”⁵⁴.

*A atuação em local distinto da sede se dá porque geralmente as grandes vantagens proporcionadas por paraísos fiscais, quer para constituição de empresas quer através dos bancos offshores neles instalados, estão disponíveis apenas para não residentes. Se a palavra offshore, sob prisma etimológico off + shore, significa literalmente “fora da costa”, a característica “fora da costa” da sociedade pode ser encontrada em uma direção mas em dois sentidos: 1) estabelecida em um lugar, opera fora de suas costas, em outro local; 2) embora opere em um lugar, está situada fora de suas costas, em outro local. Em razão dessa especial característica as offshores são designadas também como “sociedades não residentes” ou *domiciliary corporation*⁵⁵.*

QUADRO XII. CONCEITO IMPORTANTE: OFFSHORE.

Assim, num conceito instrumental, offshore é uma empresa sediada em um paraíso fiscal mas que atua fora do território em que foi constituída, off the shore.

Como assinala Vítolo, essas sociedades offshores ou “veículos” muitas vezes não têm qualquer atividade comercial ou industrial, ou autorizações estatais por não serem requeridas, não contratam funcionários e sua estrutura física não passa de uma caixa postal, tendo por único propósito ocultar as pessoas (físicas ou jurídicas) que são donas do capital e tomam as decisões, bem como protegê-las de responsabilidades.⁵⁶

Muito se pode aprender a respeito das características das offshores refletidas em suas diferentes designações:

1. **empresa nominal (nominee⁵⁷ corporation⁵⁸):** assim chamada por ser uma empresa que age em nome do real proprietário sem revelá-lo, escondendo-o pela indicação de sócios meramente nominais (nominee shareholders) e/ou de diretores meramente nominais (nominee directors);
2. **empresa-concha (shell-company)⁵⁹:** embora tal denominação pareça uma metáfora que se refere à proteção, sob uma casca ou fachada externa ri-

54 *Grifo nosso*. PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*, p. 165.

55 RICHARDS, James R. *Transnational criminal organizations, cybercrime, and money laundering*, p. 55-56.

56 VÍTOLO, Daniel Roque. *Prevención sobre el uso de estructuras jurídicas off shore frente al delito de lavado de dinero y el crimen transnacional*.

57 *Nominee* é definido pelo GAFI como pessoa, corporação ou beneficiário que é apontado ou designado para agir em nome de outro (FATF. *The misuse of corporate vehicles, including trust and company service providers*, p. 24), de modo harmônico com a definição do glossário do BIS (BIS. *A glossary of terms used in payments and settlement systems*, p. 34).

58 RICHARDS, James R. *Transnational criminal organizations, cybercrime, and money laundering*, p. 55-56.

59 *Shell company* poderia ser traduzida também como empresa-casca ou de fachada (aqui num sentido amplo, pois o uso que lhe é conferido a enquadra como empresa fictícia).

gida, de um conteúdo oculto precioso, a identidade de seus proprietários-beneficiários (reais donos/controladores), a shell-company ou shell-corporation é tecnicamente definida pelo GAFI, e em dicionários, como empresa constituída que não tem ativos ou operações significativos no local onde registrada⁶⁰;

3. **empresas de prateleira (shelf-companies, ou sociedades em rayon, ou sociétés prêtes à l'emploi):** uma alusão ao fato de que grande parte delas são pré-constituídas por escritórios especializados em sua criação ou comercialização, e colocadas “em uma prateleira” (ou propriamente um catálogo), sendo vendidas posteriormente para alguém que prefira uma empresa já existente a uma nova, quer por motivo de credibilidade, quer por urgência ou comodidade. Esta pessoa a adquire como se a pinçasse de uma prateleira de supermercado, variando o preço conforme a data de formação;
4. **empresas de caixa postal (mailbox companies):** uma ilustração de que sua existência física no país de registro não passa de uma caixa postal, gerida por escritórios especializados na constituição daquelas, para viabilizar a indicação de um endereço nos cadastros e eventual recebimento de correspondências;
5. **“sociedades sombra”⁶¹:** assim designadas em razão de se tratar de empresas fictícias que oferecem uma cobertura.

As offshores podem ser adquiridas facilmente, inclusive pela internet⁶², junto a escritórios (fornecedores ou fábricas de offshores⁶³) que se responsabilizam pela prática dos atos necessários à sua manutenção perante o país do seu registro mediante o pagamento de uma taxa módica anual. Tais “fábricas” têm recebido a designação internacional de trust and company service providers⁶⁴, isto é, provedores de

60 FATF. *Report on money laundering typologies 1999-2000 (FATF-XI)*, p. 9; e FATF. *The misuse of corporate vehicles, including trust and company service providers*, p. 24, e FATF. *Report on money laundering typologies 1999-2000 (FATF-XI)*, p. 9. No mesmo sentido: RICHARDS, James R. *Transnational criminal organizations, cybercrime, and money laundering*, p. 55-56.

61 CERVINI, Raúl. OLIVEIRA, William Terra de. GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*, p. 94.

62 Ilustrativamente, na matéria “O Paraíso Fiscal ao alcance de todos”, veiculada no Jornal do Brasil ainda em 10/09/2001, o jornalista Rodrigo Rosa mencionava a possibilidade de aquisição de offshores pela internet a custos módicos (USD 600), com total proteção à identidade de seus titulares. Disponível em: <<http://www.cosif.com.br/mostra.asp?arquivo=cc5alcancetodos>>. Acesso em: 21 fev. 2010. Trehan em 2003 mencionou a possibilidade de serem adquiridas por USD 100 a 200 (TREHAN, Jyoti. *Crime and money laundering: the indian perspective*, p. 94). Lilley, em sua pesquisa na internet, por sua vez, encontrou bancos offshore à venda por E\$ 2.999, garantindo anonimato (“no identification required”), inclusive quanto a cartões de crédito e débito, e a oferta de abertura de conta “secreta” em banco suíço por USD 100. Por facilitar o acesso a tais estratégias, fornecendo anonimato, “certamente a internet tem sido o principal fator e facilitador do crescimento dos obscuros e mesmo obscurecedores offshore financial centers” (LILLEY, Peter. *Dirty dealing: the untold truth about global money laundering, international crime and terrorism*, p. 106-107 e 111-112).

63 Segundo Edson Pinto esses escritórios especializados são chamados de “escritórios de aluguel”, por alugarem uma caixa postal que servirá de “sede” à empresa (PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*, p. 166).

64 São assim definidas no glossário do GAFI (FATF. *International standards on combating money laundering*

serviços de constituição de empresas e trusts. O papel dessas “fábricas” na produção de empresas que são usadas para lavagem de ativos é significativo, tendo merecido atenção do GAFI em um recente estudo dirigido especialmente ao tema, o qual ressaltou a importância da regulação e monitoramento contínuo do setor pelos países, uma vez que ele faz parte dos “negócios e profissionais não financeiros designados”, objeto de atenção das 40 recomendações, bem como a relevância de se desenvolverem padrões internacionais para o setor, até então inexistentes.⁶⁵ J. C. Sharman, professor de uma universidade australiana, publicou um estudo mostrando que, dentre 45 provedores de serviço contatados, 17 lhe forneceriam uma empresa mediante a simples apresentação de um cartão de crédito e um endereço de correspondência para receber os documentos.⁶⁶

Existe uma ampla gama de espécies de sociedades offshores, o que decorre das diferentes estruturas societárias básicas (como sociedades anônimas, sociedades comerciais, LLCs, fundações e associações) e suas variações. Mesmo na hipótese de se considerar uma única espécie de estrutura societária, ela se apresentará em uma boa quantidade de subespécies conforme o país de sua constituição.⁶⁷

(...)

Ainda que se possa conferir um uso lícito às offshores, em requintados planejamentos tributários, seu uso mais disseminado tem por objetivo atividades ilícitas. O amplo uso criminoso foi reconhecido, por exemplo: em investigações realizadas no Estado do Paraná, em que catalogamos aproximadamente 1.300 offshores usadas para a prática de delitos; por Moraes, o então Coordenador-Geral da Inteligência da Receita Federal brasileira⁶⁸; pela ONU⁶⁹; por Caparrós (na Espanha)⁷⁰; e por Vitolo (na Argentina), citando este último casos concretos como Enron, World Com, Parmalat, Adecco, o desvio de recursos públicos da Nigéria durante o regime de Abacha, e os fundos desviados do FMI e destinados à Rússia.⁷¹ Agreguem-se vários casos de repercussão nacional em que – não é novidade, trata-se de situações

and the financing of terrorism & proliferation: the FATF recommendations. Fev. 2012. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org>>. Acesso em: 04 ago. 2012):

“Trust and Company Service Providers refers to all persons or businesses that are not covered elsewhere under these Recommendations, and which as a business, provide any of the following services to third parties:

1. *acting as a formation agent of legal persons;*
2. *acting as (or arranging for another person to act as) a director or secretary of a company, a partner of a partnership, or a similar position in relation to other legal persons;*
3. *providing a registered office; business address or accommodation, correspondence or administrative address for a company, a partnership or any other legal person or arrangement;*
4. *acting as (or arranging for another person to act as) a trustee of an express trust or performing the equivalent function for another form of legal arrangement;*
5. *acting as (or arranging for another person to act as) a nominee shareholder for another person.”*

65 FATF. *Money laundering using trust and company service providers.* Paris: FATF, oct. 2010. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org>>. Acesso em: 04 ago. 2012.

66 FATF. *Laundering the proceeds of corruption*, p. 18.

67 O sítio <http://www.lowtax.net/lowtax/html/jurhom.html> apresenta uma ampla gama de offshores com respectivas facilidades, por país de constituição. Acesso em: 02 fev. 2010.

68 MORAES, Deomar de. *Paraísos fiscais, centros offshore e lavagem de dinheiro*, p. 103.

69 UNODC. *Financial Havens, Banking Secrecy and Money Laundering*, Capítulo V.

70 BLANCO CORDERO, Isidoro. CAPARRÓS, Eduardo Fabián. AGUADO, Javier Alberto Zaragoza. *Combate Del lavado de activos desde el sistema judicial*, p. 116-117.

bastante divulgadas na imprensa – noticiou-se o uso de offshores para fins criminosos, como o do TRT de São Paulo, o do Mensalão, o do Propinoduto, o caso Maluf, o da Operação Farol da Colina etc.

O uso criminoso da offshore como técnica de lavagem dá-se de três principais modos no Brasil, segundo se observa nas investigações efetuadas perante a 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, e em outros casos pátrios paradigmáticos. Embora os três usos sejam apresentados separadamente, podem ser efetivados, de modo paralelo e simultâneo, com o uso de uma única offshore.

(I) O primeiro é sua aquisição pelos criminosos para manter e movimentar dinheiro, inclusive mediante propriedade de contas correntes, de modo anônimo. Enquanto os sócios são meras figuras decorativas no estatuto da offshore, normalmente os efetivos controladores, ostentando procurações ou outros documentos que lhes conferem amplos poderes para gestão da offshore, são também os seus proprietários-beneficiários (beneficial owner) isto é, os efetivos titulares dos bens que estão em nome da empresa. Contudo, é possível o uso de laranjas ou testas de ferro como controladores nominais da offshore, situação em que os proprietários-beneficiários gozarão de uma proteção do sigilo da identidade em um segundo grau.

QUADRO XIII. CONCEITO IMPORTANTE: PROPRIETÁRIO-BENEFICIÁRIO.

Proprietário-beneficiário ou beneficiário efetivo (beneficial owner) “refere-se à(s) pessoa(s) singular(es) que são as proprietárias últimas ou detêm o controle final de um cliente e/ou a pessoa no interesse da qual é efetuada uma operação. Inclui também as pessoas que controlam efectivamente uma pessoa colectiva ou uma entidade sem personalidade jurídica (legal arrangement).” (GAFI. FATF 40 Recommendations, glossário)

Macedo chama atenção para o fato de que as formas mais comuns de estratificação (lavagem em sua segunda fase) constituem transferências eletrônicas de capital movimentado para dentro e fora de contas de empresas offshore⁷², sendo seu uso também apontado por Richards como uma das principais ferramentas dessa fase da lavagem.⁷³

QUADRO XIV. SAIBA MAIS...

O estudo da OECD “Behind the Corporate Veil”⁷⁴ aprofunda a análise dos cinco modos fundamentais pelos quais se alcança o anonimato: a) ações ao portador; b) titulares nominais das ações (nominee shareholders); c) diretores nominais (nominee directors) ou sociedades-diretores (corporate directors); d) correntes de veículos corporativos (em série); e) uso de profissionais com privilégios de sigilo.

(...)

No Brasil as offshores estão sujeitas a inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, conforme disposto na Instrução Normativa

71 VÍTOLO, Daniel Roque. *Prevención sobre el uso de estructuras jurídicas off shore frente al delito de lavado de dinero y el crimen transnacional.*

72 MACEDO, Carlos Márcio Rissi. *Lavagem de Dinheiro*, p. 39.

73 RICHARDS, James R. *Transnational criminal organizations, cybercrime, and money laundering*, p. 56.

74 OECD. *Behind the corporate veil – using corporate entities for illicit purposes.*

1005, de 08/02/2010, da Receita Federal. Embora sujeita a algumas exigências, os requisitos brasileiros para tal inscrição deveriam ir além, na linha das Recomendações do GAFI n^{os} 24 e 25 (que ostentavam anteriormente à recente revisão os n^{os} 33 e 34), as quais orientam à identificação dos proprietários-beneficiários e controladores de entes legais, como ocorre na Argentina.

QUADRO XV. RESPONSABILIZAÇÃO DIRETA DOS PROPRIETÁRIOS DA OFFSHORE.

Há instrumentos jurídicos nas diferentes áreas do Direito para a responsabilização pessoal dos titulares da offshore (como, no Direito não Penal, a desconsideração da personalidade jurídica – artigo 50 do Código Civil). Contudo, quando as offshores constituem artifícios jurídicos para ocultação dos reais titulares dos ativos em seu nome, a responsabilização dos seus efetivos proprietários-beneficiários pode ser feita diretamente, (1) quer pela aplicação do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), (2) quer pela aplicação do instituto da nulidade do Direito Civil.

(1) Segundo o artigo 17 da LICC: “Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer **declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes**” (grifos nossos). Ordem pública é um conceito jurídico indeterminado que, em verdade, abrange a soberania nacional e os bons costumes. O uso de offshores, constituídas mediante declarações de vontade em outros países, para a prática de crimes, sem dúvida constitui uma ofensa grave e manifesta ao arcabouço jurídico fundamental do Estado brasileiro, na medida em que atinge significativamente bens jurídicos que foram inseridos na categoria daqueles mais preciosos ao país quando foram politicamente escolhidos para receber especial proteção por meio do direito penal. Despindo-se de eficácia a declaração de vontade mediante a qual uma offshore foi formada, ou mesmo a declaração de vontade através da qual o controle da offshore foi assumido, deixa de existir a offshore como pessoa jurídica independente de seu controlador, passando este a responder integralmente pelos atos praticados por ela enquanto sob seu controle e direção. Não mais é a pessoa jurídica que age, mas sim a pessoa física que a tomou em suas mãos como instrumento para praticar crimes. Nesse sentido, a offshore nas mãos de seu controlador pode ser comparada à arma nas mãos do assassino.

(2) Em segundo lugar, o Código Civil (CC) pátrio estabelece que é nulo o negócio jurídico quando “o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito” (artigo 166, III, do CC), assim como quando “tiver por finalidade fraudar a lei imperativa” (artigo 166, VII, do CC).

Com efeito, uma sociedade não se forma sem que seus sócios declarem suas vontades com tal objetivo, e tal declaração é um negócio jurídico.⁷⁵ Ora, na constituição da offshore as declarações de vontade e os atos de constituição são eivados de múltiplos vícios da parte de seus fundadores (nominees e escritórios especializados do país de constituição): sabem que a empresa não funcionará no seu

75 Em seu conceito tradicional, “negócio jurídico é toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao ‘intento prático’ do declarante, se reconhecido e garantido pela lei.” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 269).

endereço (sede e mesmo país); não pretendem ser seus proprietários efetivos; não querem efetivamente constituir em seus nomes ou em seus benefícios uma empresa (como conjugação dos fatores de produção: capital, trabalho e matéria-prima), mas sim um ente que possa ser atrativo e ser vendido a terceiros por constituir uma casca, concha ou fachada que oculte os seus reais titulares, permitindo-lhes deter de modo indireto (via offshore) e anônimo ativos. Evidência disso é que as empresas nunca operam em seus territórios ou pelas mãos dos seus fundadores. Trata-se de uma empresa que não existe de fato nem nunca se pretendeu que existisse, senão em arditosas e artificiosas montagens propriamente teatrais. Não menos viciados são os atos pelos quais o controle sobre uma offshore é transferido no paraíso fiscal para seu “comprador” estrangeiro: ambas as partes que realizam as atas, ou realizam a tradição das ações ao portador, ou simulam uma procuração, têm em mente todo o quadro exposto e têm por finalidade transmitir a propriedade de uma máscara, e não de uma empresa.

No plano internacional, em um estudo do uso dos paraísos fiscais para a lavagem, as Nações Unidas ponderam que a proteção da pessoa jurídica foi criada para dar a pessoas de negócios a oportunidade de conduzir sua atividade sem risco para todos os seus ativos, exigindo-se contudo a existência de atividade e registros, ideia que não se aplica no caso das offshores, cujo propósito é “possibilitar que seus proprietários ajam com completo anonimato”, de modo que “o conceito de responsabilidade limitada foi estendido para um conceito de nenhuma responsabilidade legal por nenhum ato”⁷⁶.

Tais escopos de constituição das offshores, compartilhados pelos constituintes e adquirentes, bem como determinantes na constituição e transferência das sociedades, são todos ilícitos e objetivam fraudar as leis imperativas de responsabilidade civil e penal do nosso país, o que acarreta a nulidade das declarações de vontade (negócios jurídicos) de formação e transferência das offshores. Adicionalmente à incidência das normas do Direito Civil citadas, não se esqueça que o artigo 187 do Código Civil, ao tratar do abuso de direito, define como ilícitos os atos que excedem manifestamente os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. É irrelevante que o objeto do contrato social, formalmente, seja lícito⁷⁷, e que o motivo ilícito determinante esteja de alguma forma exteriorizado pelos figurantes do negócio jurídico⁷⁸ e, assim, que seja conhecido da comunidade internacional.

A nulidade em questão pode ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público (artigo 168 do CC), deve ser declarada mesmo incidentalmente em qualquer processo, inclusive de ofício pelo juiz, não sendo suprível (artigo 168, parágrafo único, do CC), e os negócios nulos não são suscetíveis de confirmação ou de convalescência pelo decurso do tempo (artigo 169, do CC). Além disso, afora situações excepcionais, o ato jurídico nulo é sempre ineficaz: “a ‘eficácia’ que ele apresenta é apenas aparente. Passa-se no mundo dos fatos, mas não no mundo do direito.”⁷⁹ A nulidade das

76 UNODC. *Financial Havens, Banking Secrecy and Money Laundering*. 29 mai. 1998. Capítulo V. Disponível em: <<http://www.imolin.org/imolin/finhaeng.html>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

77 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 121.

78 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 122.

79 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 231.

declarações de vontade (negócios jurídicos) que permitem a constituição da sociedade offshore, por sua vez, determina a invalidade da sua formação e derruba todos os atos societários subsequentes, os quais são promovidos por pessoas conscientes dos vícios. Por consequência, o verdadeiro titular dos ativos em nome da offshore é, diretamente, seu proprietário-beneficiário, pois é o real titular das faculdades dominiais (de usar, de fruir e de dispor) sobre os ativos mantidos sob titularidade nominal da offshore, aplicando-se aí a noção de propriedade oriunda também do Direito Civil (das Coisas), especificamente o artigo 1.228 do Código Civil Pátrio.

Em suma, a offshore não tem sede real, não tem atos constitutivos reais, não tem atividade no país em que está constituída, não tem deliberações sociais reais nem um quadro de administração verdadeiro, sendo uma mera longa manus das pessoas físicas que as controlam.

3.6.2. Provas de materialidade e autoria da evasão de divisas como operação de lavagem de ativos (Fato 16 e 17)

A denúncia imputa ANA CRISTINA e OTHON LUIZ como incurso nos artigos 22, parágrafo único, segunda parte, da Lei 7.492/86 (evasão de divisas), em concurso formal (art. 70 do Código Penal) com o artigo art. 1º da Lei 9613/98 (lavagem de ativos), ambos na forma do artigo 29 do Código Penal. Segundo seus termos:

Em 31 de dezembro de 2014, o denunciado **OTHON LUIZ**, com o auxílio de sua filha **ANA CRISTINA**, manteve depósitos não declarados à repartição federal competente, mais especificamente, a quantia de **US\$ 185.797.01** (cento e oitenta e cinco mil, setecentos e noventa e sete, noventa e sete e um centavo de dólares americanos), depositada na conta LU36 3184 0287 8000 OUSD, n. 00402878_0, no Banque Havilland, em Luxemburgo, em nome da empresa offshore HYDRO POWER ENTEPRISE LIMITED. Tais valores não foram declarados ao Banco Central, nos termos dos arts. 1º e 2º da Resolução n. 3854, de 27 de maio de 2010, do BACEN⁸⁰(**FATO 16**).

Ademais, por meio da referida conduta, o denunciado **OTHON LUIZ**, com o auxílio de sua filha **ANA CRISTINA**, ocultou e dissimulou a natureza, origem, localização e propriedade dos referidos valores, provenientes direta e indiretamente dos crimes antecedentes já exaustivamente descritos, e praticados pelo denunciado **OTHON**,

⁸⁰ “Art. 1º As pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária, devem prestar ao Banco Central do Brasil, na forma, limites e condições estabelecidos nesta Resolução, declaração de bens e valores que possuem fora do território nacional (Ver Circular 3.496, de 4 de junho de 2010). Parágrafo único. A divulgação dos dados relativos às declarações prestadas na forma do caput deste artigo dar-se-á de maneira a não identificar situações individuais. Art. 2º A declaração de que trata o art. 1º, inclusive suas retificações, deve ser prestada anualmente, por meio eletrônico, na data-base de 31 de dezembro de cada ano, quando os bens e valores do declarante no exterior totalizarem, nessa data, quantia igual ou superior a US\$100.000,00 (cem mil dólares dos Estados Unidos da América), ou seu equivalente em outras moedas”.

mantendo os valores na conta da referida *offshore*, no período entre 30 de outubro de 2014 a 17 de agosto de 2015 (**FATO 17**).

Segundo a denúncia, OTHON LUIZ, com o auxílio de sua filha ANA CRISTINA, manteve depósitos não declarados à repartição federal competente, mais especificamente, a quantia de US\$ 185.797.01, depositada na conta LU36 3184 0287 8000 OUSD, n. 00402878_0, no Banque Havilland, em Luxemburgo, em nome da empresa *offshore* HYDRO POWER ENTEPRISE LIMITE. Tais valores não foram declarados ao Banco Central, nos termos dos arts. 1º e 2º da Resolução n. 3854, de 27 de maio de 2010, do BACEN.

Ainda segundo a denúncia, por meio da referida conduta, OTHON LUIZ, com o auxílio de ANA CRISTINA, ocultou e dissimulou a natureza, origem, localização e propriedade dos referidos valores, provenientes direta e indiretamente dos crimes antecedentes já exaustivamente descritos, mantendo os valores na conta da referida *offshore*, no período entre 30 de outubro de 2014 a 17 de agosto de 2015.

A referida conta foi aberta por ANA CRISTINA por volta de agosto de 2014, em nome da *offshore* HYDRO POWER ENTERPRISE LIMITED. Segundo a estrutura desta sociedade, a HYDRO POWER é titulada pela WELL CHANNEL LTD, *offshore* também registrada em Hong Kong, que, por sua vez, possuía como proprietárias e beneficiárias finais a própria ANA CRISTINA e sua irmã Ana Luíza Barbosa da Silva Bolognani.

A descoberta da existência da referida conta deu-se a partir da coleta, durante a investigação de documentos na residência de ANA CRISTINA. Inferiu-se acertadamente, contudo, conforme comprovou-se na instrução processual, que a referida conta foi aberta pela acusada, atendendo a pedido de seu pai, OTHON LUIZ, visando ocultar a titularidade dos recursos auferidos indevidamente.

Em verdade, os valores eram de responsabilidade de OTHON LUIZ e não foram listados em sua declaração de imposto de renda.

Como indício a demonstrar os termos da imputação, a referida conta foi aberta às vésperas da assinatura dos contratos de montagem eletromecânica das empresas cartelizadas com a ELETRONUCLEAR, nos termos apontados na denúncia.

Vale ressaltar que este Juízo, no bojo dos Autos nº 0510707-73.2015.4.02.5101, através da decisão de fls. 53/58, “uma vez presentes o *fumus boni iuris* (indícios suficientes da proveniência ilícita do valor) e o *periculum in mora* (assegurar o eventual efeito condenatório de perda)”, autorizou, “com amparo nos artigos 4º da Lei nº 9.613/98, 125 e seguintes do CPP o acesso a todas as informações financeiras existentes, englobando a titularidade, cartões de crédito, conta-correntes, contas de investimento, procurações, movimentação de recursos, valores, datas, origens, destinos, aplicações, transferências, empréstimos, ordens de pagamentos e demais dados que permitam concluir quanto aos delitos em apuração, bem como o bloqueio, o sequestro e o repatriamento dos valores existentes nas contas de investimentos das empresas HYDROPOWER ENTERPRISE LIMITED, Area Geofísica Engenharia Internacional S/A e Agata Intl. Holding Corp, sediadas em Hong Kong, Panamá e Ilhas Virgens Britânicas respectivamente.”

Com espeque em tal decisão, o MPF, por meio de sua Secretaria de Cooperação Internacional, através de procedimento de cooperação jurídica internacional em matéria penal, recebeu do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça, na condição de autoridade central, a documentação ali juntada, enviada pela entidade correspondente ao Ministério Público no Grão Ducado de Luxemburgo.

Trata-se de documentação que comunica o cumprimento do pedido de cooperação mediante comprovação documental da existência da Conta Bancária nº 00.402878-0 em nome da empresa “offshore” HIDROPOWER ENTERPRISE LIMITED mantida na instituição financeira *Banque Havillad*, dando ainda conta da realização do bloqueio do numerário nela depositado no valor de US\$ 171.610,81.

Posteriormente, foi providenciada a tradução dos documentos enviados pelas autoridades de Luxemburgo.

A Medida Cautelar nº 0510707-73.2015.4.02.5101 traz portanto documentação relevante, que comprova o réu OTHON LUIZ, com a imprescindível colaboração de sua filha, a corré ANA CRISTINA, remeteu e manteve, em Luxemburgo, recursos não declarados às autoridades fiscais e monetárias brasileiras, através de um imbricado processo de ocultação e dissimulação patrimonial.

Com efeito, as autoridades luxemburguesas remeteram farta documentação que demonstra que OTHON LUIZ criou a *offshore* HYDROPOWER LIMITED, com sede em Hong Kong, na China, em nome de suas duas filhas, Ana Luíza Barbosa da Silva Bolognani e a corré ANA CRISTINA DA SILVA TONIOLO, tudo no evidente intuito de ocultar e dissimular a origem ilícita dos recursos auferidos em razão do exercício do cargo de Presidente da ELETRONUCLEAR.

De fato, a documentação remetida ao Brasil, denota que a aludida *offshore* figura como titular da conta nº 00.402878-0, mantida junto ao Banque Havilland S/A, em Luxemburgo, cuja subconta nº LU 86 3184 0287 8000 0 USD, no dia 05/10/2015, guardava US\$171.610,81. Tal montante foi devidamente bloqueado pelas autoridades luxemburguesas.

Portanto, não resta dúvida de que OTHON LUIZ, remeteu e manteve, na referida conta, dinheiro sujo, proveniente dos atos de corrupção descritos na denúncia, cujo branqueamento dar-se-ia através da *offshore* HYDROPOWER, engenhosamente por ele constituída em nome das filhas, sendo uma delas a corré ANA CRISTINA.

Impende destacar, outrossim, que, para abrir a conta acima mencionada, ANA CRISTINA viajou a Paris, juntamente com sua irmã, a mando do corréu OTHON LUIZ, onde se reuniram com representantes do Banque Havilland, no dia 29/07/2014. Naquela oportunidade, apresentaram uma série de informações que merecem destaque, tais como, **(i)** que seriam administradoras da empresa ARATEC, criada por seu pai, o corréu OTHON LUIZ, sendo ANA CRISTINA uma engenheira experiente, especializada em engenharia hidráulica, civil e mecânica, enquanto Ana Luíza seria responsável pela parte financeira da empresa; **(ii)** que o patrimônio pessoal declarado das duas irmãs remontava a €10milhões e que pretendiam dobrá-lo no prazo de cinco anos; **(iii)** que seu pai, o corréu OTHON LUIZ, havia desenvolvido um hidrogerador integrado que estava despertando

interesse de empresários na Ásia, Europa, EUA, Japão e América Latina, razão pela qual estavam buscando o sócio estrangeiro para se juntar suas atividades empresariais; e *(iv)* que estavam constituindo a HYDROPOWER, com sede em Hong Kong, para viabilizar a constituição de um patrimônio familiar, junto ao Banque Havilland, através de uma carteira de investimentos conservadora.

A respeito de tais fatos, quando indagado sobre o recebimento de valores no exterior, OTHON LUIZ reservou-se ao direito de não responder do que se tratava, alegando existência de cláusula de confidencialidade sobre a relação comercial subjacente, informando somente que não haveria qualquer relação disso com a ELETRONUCLEAR (09:50 a 10:30). Esclareceu ao final, que a abertura da conta foi feita em nome das filhas por ele ser pessoa politicamente exposta à luz das instituições bancárias estrangeiras (2:26:00 a 2:27:00).

Indagada ANA CRISTINA, disse que a HYDROPOWER seria como que uma representação da ARATEC no exterior e que seu pai OTHON LUIZ teria um investidor francês interessado no negócio das turbinas. Por esse motivo, era necessário abrir uma conta no exterior para facilitar os recebimentos. Para tanto, ANA CRISTINA, por ordem de seu pai, viajou à França para apresentar a ARATEC em reunião com uma representante do Banco de Luxemburgo.

De se notar, no entanto, que, apesar de a acusada ANA CRISTINA haver confirmado haver viajando a Paris, juntamente com sua irmã, a mando de seu pai OTHON LUIZ para abertura da conta acima referida, ela mesma negou veementemente a veracidade das informações prestadas aos representantes do Banque Havilland, o que corrobora a tese de que a conduta dos réus ANA CRISTINA e OTHON LUIZ estava impregnada do intuito dissimulatório e não tinha outra finalidade que não a evasão e a manutenção de divisas não declaradas naquela país alienígena, assim como a ocultação e dissimulação da origem ilícita de tal numerário.

Ante a situação exposta, entende-se, para além da própria operação de lavagem de dinheiro, ocorrida em concurso formal, configurado o crime de evasão de divisas, motivo pelo qual o MPF protesta pelo julgamento procedente da ação penal também em relação ao ponto.

3.6. Organização criminosa

3.6.1. Considerações prévias e aspectos teóricos pertinentes de análise de tipo de organização criminosa

Imputou-se aos denunciados o delito de integrar, de 25 de junho a 2007 a 05 de agosto de 2015, juntamente com outros agentes a serem posteriormente denunciados, organização criminosa, a qual tinha o objetivo de obter vantagem indevida derivada de crimes de corrupção ativa e passiva, fraude a licitações e lavagem de dinheiro em prejuízo da ELETRONUCLEAR. A estrutura da organização, com a divisão de tarefas entre os acusados, constou da peça acusatória, à qual se remete no ponto.

Destaque-se que o delito de organização criminosa foi atribuído (imputado) a título de crime autônomo, assim como o delito de lavagem de dinheiro refletido nas operações financeiras e comerciais com o objetivo de ocultar e dissimular os recursos desviados da ELETRONUCLEAR pela organização. Já o delito de fraude a licitações não foi imputado nesta acusação, mas considerado como evidência a inferir a origem ilícita dos valores movimentados pela organização (crime antecedente do crime de lavagem).

A partir disso, já cabe deixar clara a seguinte distinção: o crime de organização criminosa, valendo-se aqui das palavras de Renato Brasileiro de Lima⁸¹, configura **crime organizado por natureza** (imputação, *per si*, do crime de organização criminosa, ou seja, do tipo previsto no 2º da Lei 12.850/2013), enquanto o delito de lavagem de ativos consiste em **crime organizado por extensão** (infração penal praticada pela organização criminosa). Daí que, verificada a existência de organização criminosa especializada em crimes de lavagem, os agentes devem ser denunciados - e condenados, presentes os elementos para isso – pelo crime de organização criminosa (crime organizado por natureza) em concurso material com os delitos de lavagem (crime organizado por extensão).

81 LIMA, Renato Brasileiro, *Legislação Criminal Especial Comentada*, Editora Juspodivm, 2ª ed., 2014, p. 481/484.

Ademais, o crime de organização criminosa é de perigo abstrato, punindo-se o simples fato de figurar como integrante do grupo. *“Sua consumação independe, portanto, da prática de qualquer ilícito pelos agentes reunidos na societas delinquentium.”*⁸²

Daí que não procedem as eventuais alegações das defesas de que a Lei 12.850/2013 não incidiria no caso dos autos, pois as operações financeiras descritas na denúncia seriam todas anteriores à entrada em vigor da novel legislação.

Tendo em vista as observações feitas acima, deve-se consignar que uma coisa é a imputação do crime de organização criminosa; outra, a de crimes efetivamente praticados pela organização. As operações financeiras constantes da denúncia são fatos que dizem respeito à imputação de lavagem pela organização e não à atribuição do crime de organização criminosa em si. Daí que não há necessária coincidência quanto à aspectos circunstanciais dessas situações, de forma que pode subsistir o delito de organização criminosa ainda que o termo final da lavagem de operações de lavagem de dinheiro praticados pela organização sejam anteriores à entrada em vigor da nova lei (o que ocorreu em 19 de setembro de 2013).

Imagine-se a situação em que a organização prosseguisse existindo até hoje, mas não praticando crimes desde a data do oferecimento da denúncia nesta ação penal, efetivamente. Prejuízo algum haveria que fosse imputado, em nova denúncia, o crime da Lei 12.850/2013 a seus integrantes tendo como termo final o dia de hoje, embora não se pudesse imputar a seus membros os crimes objetivados pela organização tendo como termo final qualquer data posterior à denúncia nos presentes autos. É que no delito de organização criminosa é dispensável a prática de atos executórios em relação ao crime para os quais os agentes se organizaram. Assim também é que o aspecto temporal do delito praticado pela organização criminosa (a lavagem, no caso) pode ser usado para delimitar o período temporal mínimo do delito de organização criminosa em si (pode-se dizer que, se a organização praticou tais delitos em tal período, houve o delito de organização por pelo menos esse período). Mas essa relação, como ressaltado, não é de necessária coincidência.

Como se verá adiante, quando da análise da “materialidade” e da “autoria” do delito de organização criminosa, mas aqui se adianta, constam elementos no

82 *Idem.*

sentido de recebimentos pela ARATEC provindos da ANDRADE GUTIERREZ e da ENGEVIX por meio de empresas interpostas (CG, JNOBRE, DEUTSCHEBRAS e LINK), posteriores a 19 de setembro de 2013, o que é suficiente, a título de exemplo, para justificar a imputação da prática do crime de organização criminosa.

No mais, “*de todo modo, como se trata de crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a prática delituosa a qualquer momento, na hipótese de tal crime ter início antes do dia 19 de setembro de 2013, mas se prolongar na vigência da Lei nº 12.850/13, é perfeitamente possível a responsabilização criminal pelo novo tipo penal, nos termos da Súmula nº 711 do STF*”⁸³.

Ainda a respeito da análise do tipo penal, há que se afastar a arguição de defesas a respeito da ausência de tipicidade do delito de organização criminosa por ausência de demonstração de vínculo associativo entre os membros da organização, por supostamente um acusado não conhecer os demais. Esse elemento é estranho (desnecessário) ao tipo penal. Veja-se o que anota Renato Brasileiro de Lima a respeito do ponto:

Logo, estamos diante de delito plurissubjetivo, plurilateral ou de concurso necessário, figurando como espécie de crime de conduta paralela, já que os diversos agentes (pelo menos quatro) auxiliam-se mutuamente com o objetivo de produzir um mesmo resultado, a saber, a união estável e permanente para a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional. Pouco importa que os componentes da organização criminosa não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa ou que cada um desempenhe uma tarefa específica. Na verdade, basta que o fim almejado pelo grupo seja o cometimento de infrações penais com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional.⁸⁴

Prosseguindo com mesmo autor, assevera-se que “*evidenciada a presença de pelo menos 4 (quatro) pessoas, é de todo irrelevante (...) que nem todos os integrantes tenham sido identificados, ou mesmo que algum deles não seja punível em razão de alguma causa pessoal de isenção de pena*”⁸⁵. Assim é que, no caso, o delito de organização foi imputado a uma parcela dos agentes do grupo, aqueles identificados e para os quais havia provas, à época da denúncia, no sentido da participação no crime em mesa, sem

83 Ibidem., p. 481.

84 Ibidem., p. 484.

85 Ibidem., 484.

prejuízo da observação de que a organização contava com outros atores, passíveis de identificação em apurações próprias.

Claro que, como também anota o autor citado, “*para que os integrantes da societas criminis respondam pelos delitos praticados pela organização criminosa, é indispensável que tais infrações penais tenham ingressado na esfera de conhecimento de cada um deles, sob pena de verdadeira responsabilidade penal objetiva*”⁸⁶. Esse tipo de análise demanda conhecimento acerca do elemento subjetivo da conduta de cada membro da organização e será tratado, no entanto, em momento propício, à frente, por ocasião da apresentação de razões em relação às provas da prática de crimes de lavagem de dinheiro.

Outrossim, é irrelevante que a denúncia tenha imputado somente uma espécie de crime (lavagem de dinheiro) para que se caracterize o delito em voga, já que é indiferente que as infrações penais sejam (ou não) da mesma espécie. No caso, foram imputados vários delitos de lavagem. Não fosse isso, como visto, o crime é de perigo abstrato, não exigindo a efetiva prática dos crimes. Dessa maneira, não há necessidade de se imputar a prática dos crimes objetivados pela organização criminosa, mas arrolar as evidências de que ela tinha por objetivo a prática desses crimes. No caso, atribuiu-se à organização a finalidade de praticar vários crimes diversos, como corrupção, peculato, fraude a licitações e lavagem de ativos, todos com pena restritiva de liberdade máxima superior a 4 anos (à exceção do delito do art. 90, Lei 8.666/93), sem falar que o delito de lavagem possui caráter transnacional.

Finalize-se o tópico aduzindo que aquela distinção feita mais acima entre a imputação do crime de organização criminosa e a descrição das evidências dos crimes antecedentes terá repercussão, sobretudo, no *standard* de prova a respeito desses fatos. Como se viu quando da análise dos crimes antecedentes, o *standard* de prova quanto a eles é mais fluído (ou menos intenso) do que o exigido para o crime de organização criminosa, este efetivamente imputado; aqueles não.

3.6.2. Provas de materialidade e autoria (Fato 18)

86 Ibid., p. 485.

A denúncia imputa OTHON LUIZ, ANA CRISTINA, OTÁVIO MARQUES, CLÓVIS PRIMO, OLAVINHO MENDES, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO, CARLOS GALLO, JOSUÉ NOBRE, JOSÉ ANTUNES, CRISTIANO KOK e VICTOR SERGIO COLAVITTI como incurso no delito do art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/13. Por ter cessado a conduta antes da entrada em vigor da Lei 12.850/13 em 19/09/2013, o acusado ROGÉRIO NORA foi incurso nas sanções do artigo 288 do Código Penal, em sua redação original, Segundo seus termos:

Em data não precisada nos autos, mas sendo certo que, pelo menos, entre 25/06/2007 e 05 de agosto de 2015, **OTHON LUIZ, ANA CRISTINA, OTÁVIO MARQUES, ROGÉRIO NORA DE SÁ, CLÓVIS RENATO, OLAVINHO FERREIRA MENDES, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO, CARLOS GALLO, JOSUÉ NOBRE, JOSÉ ANTUNES, GERSON ALMADA, CRISTIANO KOK, VICTOR SÉRGIO COLAVITTI** e terceiros ainda não identificados ou que serão oportunamente denunciados, de modo consciente, voluntário, estável e em comunhão de vontades, promoveram, constituíram, financiaram e integraram, pessoalmente, uma organização criminosa que tinha por finalidade a prática de crimes de corrupção ativa e passiva, fraude às licitações em detrimento da ELETRONUCLEAR, bem como a lavagem dos recursos financeiros auferidos desses crimes (**FATO 18**).

Ainda consoante a inicial acusatória, a organização era composta por quatro núcleos fundamentais:

O **primeiro núcleo (núcleo econômico)** era formado pelos executivos da ANDRADE GUTIERREZ e ENGEVIX, os quais ofereceram e prometeram vantagens indevidas a OTHON LUIZ, em razão de crimes envolvendo licitações, contratos e aditivos que possuíam interesse na ELETRONUCLEAR. Todos os pagamentos realizados a título de vantagens indevidas ao então presidente da ELETRONUCLEAR se deram mediante operações de lavagem de dinheiro.

A prova suficiente da existência desse primeiro núcleo, responsável por corrupção ativa, bem por crimes licitatórios objetivados (e efetivamente executados) foi referida em item supra.

O **segundo núcleo (núcleo administrativo)** era formado pelo então diretor-presidente da ELETRONUCLEAR, OTHON LUIZ o qual solicitava, aceitava

promessas e recebia vantagens indevidas pagas pelos executivos das empreiteiras ANDRADE GUTIERREZ e ENGEVIX em razão do cargo que ocupava com a finalidade de proteger os interesses das empresas no âmbito da estatal. Todos os pagamentos realizados a título de vantagens indevidas se deram mediante operações de lavagem de dinheiro.

A demonstração dos crimes de corrupção passiva cometidos por este segundo núcleo da organização criminosa (administrativo) por iniciativa do primeiro núcleo (econômico) já foi tratada de forma mais específica para os contratos envolvendo a ANDRADE GUTIERREZ e o então presidente da ELETRONUCLEAR em item anterior.

O **terceiro núcleo (núcleo financeiro operacional)** era formado pelos acusados que intermediaram os repasses de vantagens indevidas das empreiteiras ANDRADE GUTIERREZ e ENGEVIX para a empresa ARATEC pertencente a OTHON LUIZ, apenas no intuito de dar aparência lícita as operações de repasse. A denúncia apontou a atuação de CARLOS GALLO, JOSUÉ NOBRE e VICTOR SÉRGIO COLAVITTI que, em conjunto com ANA CRISTINA, possuíam a função de operacionalizar os repasses a empresa ARATEC mediante a assinatura de contratos fictícios e emissão de notas fiscais frias.

A demonstração dos crimes de lavagem de dinheiro cometidos por este terceiro núcleo da organização criminosa (financeiro operacional) por iniciativa do primeiro núcleo (econômico) já foi tratada de forma mais específica também em item anterior.

O **quarto núcleo (núcleo político)** era formado por outros agentes políticos, como se pode extrair do depoimento prestado pelas testemunhas Dalton Avancini e Ricardo Pessoa e pelos réus OTAVIO AZEVEDO, FLÁVIO BARRA e ROGÉRIO NORA, que possuíam ingerência perante a estatal como também perante altas autoridades públicas e diversos órgãos da administração pública. Denota-se que esta organização criminosa, em seu ápice, é a mesma que se implantou no âmbito da PETROBRAS e que possui ramificações em diversas entidades e órgãos da administração pública, tais como a ELETRONUCLEAR.

Diante do engenhoso esquema de repasse de vantagens indevidas através da elaboração de contratos fictícios e lavagem de dinheiro fica claro que a organização era bastante estruturada e contava com diversos integrantes, superando em muito os quatro

exigidos pelo artigo 2º da Lei 12.850/13.

E nem se diga que, no caso, a atuação da organização envolvendo pagamentos pela ANDRADE GUTIERREZ nada tinha a ver com a atuação da mesma organização envolvendo pagamentos pela feitos ENGEVIX. Trata-se de uma mesma organização, composta por um núcleo político não incluído na denúncia e por um núcleo administrativo centralizado na figura do então presidente da ELETRONUCLEAR OTHON LUIZ. De toda forma, ainda que assim não se entenda, em cada “sub-ramo” da organização (denominação utilizada apenas a título argumentativo) há a presença de pelo menos 4 pessoas, motivo pelo qual, para efeitos de condenação, cada uma pode ser configurar-se, nos termos do tipo previsto na Lei 12.850/13, em uma organização criminosa autônoma.

No caso dos autos, a prática do crime de organização criminosa pelos acusados, incluindo a divisão de tarefas atinente à atuação direta nos delitos fraude a licitação, corrupção e lavagem dos valores indevidos, foi demonstrada de maneira clara pela instrução processual.

A partir da absorção do conteúdo de todo o material probatório angariado na instrução do processo, conclui-se que além de compartilharem o domínio de todos os fatos delituosos praticados no interesse da organização, os acusados seguiam a seguinte divisão de tarefas na execução dos crimes:

a) OTHON LUIZ, como referido na peça acusatória, era o principal mentor do esquema e beneficiário dos recursos de propina que foram por longos períodos canalizadas para sua empresa ARATEC pelas empreiteiras ENGEVIX e ANDRADE GUTIERREZ. Além disso atuou favoravelmente em favor do cartel de empresas que celebraram os contratos com o Consórcio ANGRAMON, desde a publicação do Edital de Pré-qualificação nº GAG.T/CN-005/11. Além disso, OTHON LUIZ determinou a abertura de contas bancárias das *offshores* HYDROPOWER ENTERPRISE LIMITED para lavar parte dos ativos sujos oriundos dos crimes praticados em detrimento da ELETRONUCLEAR;

b) ANA CRISTINA, principal auxiliar nas atividades ilícitas do então presidente da ELETRONUCLEAR, integrou o quadro societário da ARATEC e era

responsável por firmar contratos fictícios e emitir notas fiscais frias para ocultação e dissimulação dos valores repassados à empresa pelas empreiteiras ANDRADE GUTIERREZ e ENGEVIX. Também consta como beneficiária da *offshore* HYDROPOWER ENTERPRISE LIMITED constituída a mando de OTHON LUIZ para ocultar no exterior os valores indevidamente auferidos;

c) ROGÉRIO NORA, na posição de presidente da Construtora ANDRADE GUTIERREZ, como referido na denúncia, se reuniu com OTHON LUIZ e outros executivos para oferecer e prometer vantagens indevidas ao então presidente da ELETRONUCLEAR, as quais foram sendo renovadas durante a celebração de aditivos e execução dos contratos para obras civis, bem como por ocasião do direcionamento da licitação para a montagem eletromecânica da Usina de Angra 3. Ademais, orientou, concordou e anuiu com as reiteradas operações de lavagem de ativos levadas a efeito por meio de empresas intermediárias;

d) OTÁVIO AZEVEDO, na posição de presidente da *holding* ANDRADE GUTIERREZ S/A, passou a integrar a organização criminosa a partir de 2008, exercendo, de modo compartilhado com os demais executivos acusados, o domínio do fato sobre todos os crimes de corrupção ativa, lavagem de dinheiro, cartel, fraude às licitações e outros praticados por eles e outros agentes no interesse do grupo empresarial a que pertenciam. Com efeito detinha conhecimento e controle compartilhado com os demais executivos da ANDRADE GUTIERREZ sobre todos os atos praticados por eles e outros agentes em nome e em favor do grupo empresarial, incluindo o oferecimento e promessa de vantagens indevidas a OTHON LUIZ e as operações de branqueamento dos respectivos valores;

e) CLOVIS PRIMO, ocupou a condição de Diretor Geral da ANDRADE GUTIERREZ até 01/10/2013, onde foi o responsável por oferecer e prometer vantagens indevidas para o presidente da ELETRONUCLEAR, as quais foram sendo renovadas durante a celebração de aditivos e execução de contratos com a empreiteira. Outrossim, desempenhou papel proeminente nas reiteradas e contínuas operações de lavagem de ativos, haja vista ter subscrito diversos contratos fictícios;

f) OLAVINHO MENDES, funcionário da ANDRADE GUTIERREZ, foi o responsável, em conjunto com outros acusados, por promover a operacionalização da lavagem dos recursos advindos do oferecimento e promessa de vantagens indevidas para OTHON LUIZ, as quais foram sendo renovadas durante a celebração de aditivos e execução dos contratos;

g) FLÁVIO BARRA, diretor-geral da unidade de negócios de energia da ANDRADE GUTIERREZ desde 01/01/2008 e, posteriormente, na posição de Presidente da ANDRADE GUTIERREZ Energia foi responsável, em conjunto com os demais executivos ora denunciados, por oferecer e prometer vantagens indevidas para OTHON LUIZ, as quais foram sendo renovadas durante a celebração de aditivos e execução dos contratos, bem como por ocasião do direcionamento da licitação para a montagem eletromecânica. Também desempenhou papel fundamental nas operações de lavagem de dinheiro, especialmente feitas através da DEUTSCHEBRAS;

h) GUSTAVO BOTELHO, com propósito coadunado com FLÁVIO BARRA e ocupante do cargo de superintendente da ANDRADE GUTIERREZ, foi também o responsável da empreiteira por oferecer e prometer vantagens indevidas sistemáticas a OTHON LUIZ em virtude de contratos celebrados pela ANDRADE GUTIERREZ com a ELETRONUCLEAR, bem como por providenciar a celebração de contratos fictícios para repasse dos valores ao gestor público por meio de empresas intermediárias. Outrossim, GUSTAVO BOTELHO era o representante da ANDRADE GUTIERREZ nas reuniões e decisões do cartel dos Consórcios UNA 3 e ANGRA 3;

i) CARLOS GALLO, administrador de fato da CG IMPEX, atuava como operador financeiro para viabilizar os repasses de recursos financeiros desviados da ELETRONUCLEAR para a empresa ARATEC de OTHON LUIZ. CARLOS GALLO possuía a função de simular negócios jurídicos com a ANDRADE GUTIERREZ e a ARATEC com a exclusiva finalidade de conceder falsa licitude para movimentação do dinheiro sujo destinado a OTHON LUIZ. Não obstante esse fato, CARLOS GALLO também prestava auxílio ao denunciado JOSUE NOBRE no branqueamento de ativos.

j) JOSUE NOBRE, apontado na denúncia como administrador da JNOBRE, onde atuava como operador financeiro para destinar o repasse de recursos

financeiros desviados da ELETRONUCLEAR para a empresa ARATEC de OTHON LUIZ. JOSUÉ NOBRE tinha como função precípua a de simular negócios jurídicos com a ANDRADE GUTIERREZ e a ARATEC a fim de dar aparência de licitude para movimentação do dinheiro destinado a OTHON LUIZ com os crimes antecedentes.

k) JOSÉ ANTUNES, sócio e diretor executivo da ENGEVIX, exercia a representação institucional da empresa junto à ELETRONUCLEAR e foi responsável, em conjunto CRISTIANO KOK, pela prática de delitos de fraude às licitações e, por, reiteradas vezes, oferecer e prometer a OTHON LUIZ vantagens indevidas em razão de contratos mantidos com a estatal. Neste contexto, JOSÉ ANTUNES foi o responsável por eleger a empresa LINK PROJETOS, administrada por VICTOR SÉRGIO COLAVITTI, para intermediar ocultar e dissimular contínuos e reiterados repasse de vantagens indevidas para OTHON LUIZ por meio de contratos fictícios;

l) CRISTIANO KOK, sócio e presidente da ENGEVIX, foi responsável, em conjunto com JOSÉ ANTUNES, pela prática de delitos de fraude às licitações e, por, diversas vezes, oferecer e prometer a vantagens indevidas a OTHON LUIZ em razão de contratos mantidos com a ELETRONUCLEAR. Neste contexto, foi conjuntamente responsável com JOSÉ ANTUNES por subscrever contratos fictícios com a LINK PROJETOS, administrada por VICTOR COLAVITTI, com a única e exclusiva finalidade de intermediar, ocultar e dissimular os contínuos repasse das vantagens indevidas para OTHON LUIZ;

m) VICTOR COLAVITTI, administrador de fato da empresa LINK PROJETOS, atuou como intermediador do repasse de recursos financeiros desviados da ELETRONUCLEAR para a empresa ARATEC de OTHON LUIZ. VICTOR SÉRGIO COLAVITTI tinha a precípua função de simular negócios jurídicos com a ENGEVIX e a ARATEC a fim de dar aparência de licitude para movimentação do dinheiro sujo destinado a OTHON LUIZ com os crimes antecedentes. Nessa condição, efetuou operação de branqueamento de valores por diversas e reiteradas vezes em favor dos executivos da ENGEVIX e de OTHON LUIZ.

A organização criminosa, portanto, atuou de forma estável e permanente com o objetivo de cometer crimes pelo menos até 05 de agosto de 2015, sendo

certo que, mesmo com a deflagração da Operação Lava Jato, as atividades criminosas continuaram a ser praticadas, como, por exemplo a lavagem de dinheiro operada pelos executivos da ANDRADE GUTIERREZ em 12 de novembro de 2014 e, o branqueamento de valores operado pelos executivos da ENGEVIX no dia 08/01/2015, época em que o vice-presidente da companhia GERSON ALMADA já estava preventivamente preso.

Por fim, como apontado na denúncia, a estrutura e a estabilidade da organização, bem como a reiteração na prática dos crimes pelos integrantes são também corroboradas pelas imputações que foram expostas ao longo de toda a denúncia, peça que foi capaz de delimitar e esclarecer, em conjunto com as alegações finais desta peça, as condutas praticadas.

É certo que a organização criminosa contava com outros agentes, os quais serão oportunamente identificados e denunciados.

Assim, agindo dolosamente, OTHON LUIZ, ANA CRISTINA, OTÁVIO AZEVEDO, CLÓVIS RENATO, OLAVINHO MENDES, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO, CARLOS GALLO, JOSÚE NOBRE, JOSÉ ANTUNES, CRISTIANO KOK e VICTOR SÉRGIO COLAVITTI estão incurso no delito do artigo 2º, §4º II da Lei 12.850/2013. Por ter cessado a conduta antes da entrada em vigor da Lei 12.850/13 em 19/09/2013, o denunciado ROGÉRIO NORA está incurso nas sanções do artigo 288 do Código Penal, em sua redação original.

4. DOSIMETRIA DA PENA

4.1. Fixação da pena-base

Embora a dosimetria da pena, independente de qualquer manifestação das partes, seja tarefa exclusiva do Juízo em sede de sentença, devendo ser fixada individualmente em relação a cada um dos condenados, o MPF permite-se, quanto às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, tecer algumas considerações que podem ser levadas em conta em relação a pena à ser aplicada, no caso de condenação, em relação a todos os acusados.

Neste sentido, a **culpabilidade** de OTHON LUIZ, ANA CRISTINA, ROGÉRIO NORA, OTÁVIO AZEVEDO, CLOVIS PRIMO, OLAVINHO MENDES, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO, CARLOS GALLO, JOSÉ ANTUNES, CRISTIANO KOK, VICTOR COLAVITTI, GERALDO TOLEDO e JOSUE NOBRE deve ser valorada de modo fortemente negativo, tendo em vista o dolo direto e intenso dos agentes, dirigindo suas condutas à prática de diversos crimes, dentre eles, corrupção, formação de cartel, lavagem de dinheiro, fraude à licitação e crimes contra o sistema financeiro nacional, todos de forma reiterada.

Ainda no vetor culpabilidade, no aspecto reprovabilidade, os criminosos agiram com amplo espectro de livre-arbítrio. Não se trata de criminalidade de rua, influenciada pelo abuso de drogas ou pela falta de condições de emprego, ou famélica, decorrente da miséria econômica. Todos os réus são abastados que ultrapassaram linhas morais sem qualquer tipo de adulteração de estado psíquico ou pressão, de caráter corporal, social ou psicológica.

Os **motivos** também são negativos em relação a todos os acusados pois suas ações foram movidas a fim de buscar exclusivamente o bom desempenho das empresas a que serviam ou bom relacionamento com elas. Prestígio, poder, influência e promoção foram os móveis privados, e não apenas riqueza, pois não necessariamente enriqueciam seus bolsos com os crimes.

Na mesma linha, são negativos os vetores referentes à **personalidade e conduta social** pela forma como agiram, de maneira reiterada e estendida no tempo. Isso demonstra pouco apreço por regras éticas. Ademais, todos possuem excelente formação acadêmica e qualificação, com discernimento acima do homem médio. Tinham plenas condições, portanto, de não apenas perceberem a gravidade de suas condutas como também de recusarem o seu envolvimento em tais práticas ilícitas. Usaram sua formação e conhecimento para produzir males sociais.

Deve-se ser considerado em relação a OTHON LUIZ, ROGÉRIO NORA, OTÁVIO AZEVEDO, CLOVIS PRIMO, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO, JOSÉ ANTUNES e CRISTIANO KOK também o fato de ocuparem altos cargos nas empresas em que trabalhavam, com ótimos salários, muito acima do valor médio ganho

pelo brasileiro, com previdência garantida e conjunto patrimonial confortável. Embora com elevado grau de instrução e discernimento, não resistiram ao instinto de construir um patrimônio milionário às custas da administração pública (em prejuízo da coletividade).

As **circunstâncias** dos crimes também pesam contra todos os acusados, uma vez que praticados de forma sofisticada e complexa, dificultando a identificação real de seus autores. Uma coisa é praticar lavagem, o que por si só importa ocultação ou dissimulação. Outra é valer-se de diferentes, ou mesmo múltiplos, mecanismos de ocultação e dissimulação, como testas de ferro, lavadores de dinheiro terceirizados, contratos simulados e remessas de ativos não declarados ao exterior.

As **consequências** dos crimes são também altamente negativas para todos os acusados, visto que a organização criminosa desequilibrou a competitividade do mercado, em prejuízo de outras empresas.

Além disso, os valores desviados da estatal são enormes, sendo que não há dúvida que tais atos de corrupção influenciaram em tal número. Se tomado em conta o prejuízo decorrente da cartelização, esse montante pode ser bem superior. A propósito, sabe-se que as obras para a implantação da Usina de Angra 3 encontram-se atualmente paralisadas

Considerando assim existência de ao menos seis elementos negativos na primeira fase da dosimetria da pena, requer-se que, para todos os delitos e acusados, a pena base seja fixada em patamar que ultrapasse o termo médio, aproximando-se ou atingindo o máximo.

Não apenas o patamar mínimo de pena é fixado pelo legislador, mas uma faixa de variação, que na corrupção, por exemplo, vai de 2 a 12 anos.

Não se pode esquecer, ainda, que o art. 59 do Código Penal estabelece todas as circunstâncias acima analisadas para fixar uma pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

A criminologia voltada ao estudo dos crimes de colarinho

branco demonstra que – ao contrário do que afirmam acriticamente alguns, com base na criminologia genérica – o montante da pena e sua efetividade da punição constituem relevantes fatores para estancar o comportamento criminoso.

Nesse sentido, por exemplo, propugnam Neal Shover e Andy Hochstetler, professores de sociologia e criminologia de universidades americanas, na obra *Choosing White-Collar Crime*, que “o crime de colarinho branco é cometido porque algumas pessoas estimam o ganho como maior do que os riscos ou consequências de serem pegos. Vistos desta maneira, é uma política saudável de controle do crime aumentar os riscos percebidos deles (...). Uma unidade de punição pode gerar um benefício maior contra crime de colarinho branco do que a mesma unidade empregada contra crime de rua.”

No mesmo sentido, aliás, estão dois dos maiores estudiosos mundias do tema corrupção, como Robert Klitgaard e Rose Ackerman, que chegam a fazer uma fórmula para indicar que a propensão ao cometimento da corrupção, por um indivíduo, corresponde à análise de custos e benefícios dos comportamentos honesto e corrupto. Dentre os custos, destacam a punição e a probabilidade de punição.

Algo que deve ser tomado em conta, e vem sendo frequentemente ignorado pelo Judiciário, é o fator **probabilidade de punição**. De fato, o crime de corrupção é um crime muito difícil de ser descoberto e, quando descoberto, é de difícil prova. Mesmo quando são provados, as dificuldades do processamento de crimes de colarinho branco no Brasil são notórias, de modo que nem sempre se chega à punição. Isso torna o índice de punição extremamente baixo.

Como o cálculo do custo da corrupção toma em conta não só o montante da punição, mas também a probabilidade de ser pego, devemos observar que é o valor total do conjunto, formado por montante de punição vezes a probabilidade de punição, que deve desestimular a prática delitiva.

Assim, se entendêssemos que uma punição adequada para um crime de corrupção é de 10 anos de prisão, mas a probabilidade de punição para alguém que o pratica é de 33%, a pena, para ser um fator real de desestímulo, deveria ser de 30 anos de prisão. A análise da suficiência da punição, nesses termos, é preconizada pela parte final do

art. 59 do Código Penal.

Embora pareça, em primeira análise, uma pena rigorosa, ela não é, pois o seu parâmetro, além de tomar em conta a probabilidade de punição, deve ser a pena do homicídio, porque a corrupção de altos valores mata. Além disso, considerando ainda que, no Brasil, há progressão de regime após cumprido 1/6 da pena e perdão natalino após cumprido 1/3 da pena, uma punição de 30 anos, a título de corrupção, significaria, de fato, uma punição de dez anos. Como a corrupção de altos valores não foi alçada a crime hediondo, tais benefícios incidem normalmente sobre os criminosos.

Considerando tudo isso, uma pena hipotética final e global, no caso, de 10 anos não atingiria, nem de perto, os objetivos de repressão e punição. Considerando o número de crimes praticados, a sua diversidade, e os demais fatores que serão tomados em conta, espera-se que a pena, por réu, fosse superior a 30 anos de prisão.

Se queremos ter um país livre de corrupção, este deve ser um crime de alto risco e firme punição, o que depende de uma atuação consistente do Poder Judiciário nesse sentido, afastando a timidez judiciária na aplicação das penas quando de casos que mereçam punição significativa, como este ora analisado.

4.2. Agravantes e atenuantes

Tendo-se analisado as circunstâncias judiciais da pena base, passa-se à verificação das circunstâncias agravantes e atenuantes da pena, conforme disciplinado pelos art. 61 a 66, CP e dispositivos correspondentes da legislação especial.

OTHON LUIZ, ANA CRISTINA, ROGÉRIO NORA, OTÁVIO AZEVEDO, CLOVIS PRIMO, OLAVINHO MENDES, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO, JOSÉ ANTUNES, CRISTIANO KOK, GERALDO TOLEDO e JOSUE NOBRE eram os responsáveis pela promoção e organização do núcleo criminoso instaurado na ANDRADE GUTIERREZ, ENGEVIX e ELETRONUCLEAR, bem como pelos delitos por ela perpetrados, pelo que a eles se aplicam as agravantes do artigo 62, I do Código Penal em relação a todos os delitos e, especificamente no que se refere ao crime de organização criminosa, a majorante do artigo 2º, § 3º da Lei 12.850/13.

Ainda, a prática dos crimes de lavagem, tendo por antecedentes os crimes de cartel e fraude às licitações, tinha por finalidade propiciar o pagamento de vantagem indevida, ou seja, viabilizar o crime de corrupção, assim, é necessário o agravamento das penas de OTHON LUIZ, ANA CRISTINA, ROGÉRIO NORA, OTÁVIO AZEVEDO, CLOVISPRIMO, OLAVINHO MENDES, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO, CARLOS GALLO, JOSÉ ANTUNES, CRISTIANO KOK, VICTOR COLAVITTI, GERALDO TOLEDO e JOSUE NOBRE com fundamento no artigo 61, II, 'b', do CP.

4.3. Causas especiais de aumento de pena

Em relação ao crime de organização criminosa aplica-se a causa especial de aumento de pena descrita no § 4º, II, do artigo 2º da Lei 12.850/13, qual seja aumento de 1/6 a 2/3 quando o crime for praticado com concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal correlata imputada.

Já em relação aos crimes de corrupção, considerando a omissão de atos de ofício e prática de atos com infração de deveres funcionais por OTHON LUIZ, aplica-se a causa de aumento de pena do parágrafo único do artigo 333 em relação a ROGÉRIO NORA, CLÓVIS PRIMO, OLAVINHO MENDES, FLÁVIO BARRA, GUSTAVO BOTELHO, CARLOS GALLO, GERALDO TOLEDO, JOSÉ ANTUNES, CRISTIANO KOK, VITOR COLAVITTI e a prevista pelo § 1º do artigo 317 em relação a OTHON LUIZ PINHEIRO DA SILVA (em ambos os casos a pena é aumentada de 1/3 se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional).

Por fim, em relação aos atos de lavagem, considerando que praticados de forma reiterada e por intermédio de organização criminosa, incide a causa de aumento de pena prescrita pelo § 4º do artigo 1º da lei 9.613/98.

4.4. Concurso material

Cada um dos diversos atos de corrupção e de lavagem de dinheiro é dotado de potencialidade lesiva própria, o que justifica que sejam considerados distintos. Verifica-se uma diversidade de sujeitos, local, momento, objeto, agentes e de empresas envolvidas em cada uma das obras e cada uma das operações de lavagem efetuadas, apresentando-se, portanto, como isoladas e independentes, afastando a ideia da continuidade delitiva e conformando, por definição, a hipótese do concurso material. Não se tratam de atos praticados em fatos únicos de corrupção e em ciclos únicos de lavagem, mas sucessivas e autônomas manobras, todas voltadas a alcançar os diversos resultados.

Nesse sentido, havia, antes de cada contrato com a Estatal e de cada pagamento de vantagens indevidas, reuniões entre funcionários da ELETRONUCLEAR, operadores e empreiteiros para definir o *modus operandi* a ser observado para cada um dos casos, o que rompe o nexo direto entre eles.

Ressalte-se, nessa senda, que, para a caracterização do crime continuado não basta a simples reiteração dos fatos delitivos sob pena de tornar letra morta a regra do concurso material.

Isto porque a ideia de continuidade delitiva, que recebe reprimenda menor que a verificada no cúmulo material, não se mostra compatível com o caso concreto, em que, na verdade, os agentes se valeram de diferentes expedientes exatamente para dificultar a fiscalização estatal, merecendo, assim, maior repreensão.

Ademais, a ideia de continuidade delitiva é absolutamente incompatível com a reiteração criminosa, que efetivamente é o que se presente neste caso.

4.4. Acordos de colaboração premiada

Tendo em vista a celebração de acordos de colaboração premiada pelo MPF com VICTOR COLAVITTI, ROGÉRIO NORA, OTAVIO AZEVEDO, CLÓVIS PRIMO, OLAVINHO MENDES, FLÁVIO BARRA e GUSTAVO BOTELHO requer-se a observação dos parâmetros estipulados, conforme homologados pela 13ª Vara

Federal de Curitiba (em relação ao primeiro) e pelo Supremo Tribunal Federal (em relação aos demais), nos termos dos termos juntados aos autos.

Quanto aos demais acusados, requer-se que o cumprimento se dê inicialmente no regime fechado.

A aplicação da pena de multa deve respeitar os mesmos critérios de fixação da pena privativa de liberdade, tendo em conta ainda a condição financeira de cada acusado.

Os condenados devem ser também condenados ao pagamento das despesas processuais.

5. DOS REQUERIMENTO FINAIS

Por todo exposto, o **Ministério Público Federal** pugna pela procedência dos pedidos de condenação da inicial acusatória nos termos descritos e requeridos na denúncia, de acordo com as considerações tecidas na presente peça.

Requer ainda seja decretado o perdimento do produto e proveito dos crimes, ou do seu equivalente, incluindo aí os numerários bloqueados em contas e investimentos bancários e os montantes em espécie apreendidos em cumprimento aos mandados de busca e apreensão, no valor de pelo menos R\$ 4.438.500,00;

Sem prejuízo do disposto na alínea anterior, requer o arbitramento cumulativo do **dano mínimo**, a ser revertido em favor da ELETROBRAS, com base no art. 387, *caput* e IV, do CPP, no valor correspondente ao correspondente ao dobro do valor total de propina paga em todos os contratos e aditivos mencionados nesta denúncia, no interesse dos quais houve a corrupção do presidente da ELETRONUCLEAR.

Por fim, requer seja decretado como efeito secundário da condenação pelo crime de lavagem de dinheiro a interdição do exercício de cargo ou função

pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no artigo 9º da Lei 9.613/98, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada, consoante determina o artigo 7º, II da mesma lei.

Rio de Janeiro, 02 de junho de 2016.

LAURO COELHO JUNIOR
Procurador da República

THIAGO LEMOS DE ANDRADE
Procurador da República

FERNANDO JOSÉ AGUIAR DE OLIVEIRA
Procurador da República

DELTAN MARTINAZZO DALLAGNOL
Procurador República

PAULO ROBERTO GALVÃO DE CARVALHO
Procurador da República

ATHAYDE RIBEIRO COSTA
Procurador da República