



**HABEAS CORPUS Nº 2000.02.01.035760-5**

**RELATORA : JUÍZA DO TRF-2ª REGIÃO DRª MARIA HELENA**  
**IMPTE : JOSE CARLOS FRAGOSO**  
**IMPDO : JUÍZO DA 6ª VARA FEDERAL CRIMINAL DO RIO**  
**DE JANEIRO**  
**PACTE : SALVATORE ALBERTO CACCIOLA (REU PRESO)**  
**ADV : JOSE CARLOS FRAGOSO**

**EMENTA**

**CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MERCADO FINANCEIRO. ESPECULAÇÃO. CASO DE GRANDE REPERCUSSÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CLAMOR PÚBLICO.**

A isenção do Poder Judiciário, na prática de seu *mister*, está acima dos julgamentos promovidos pela imprensa.

O Direito Constitucional da liberdade individual é o primeiro bem maior após o direito à vida, e só pode ser obstado com a sentença penal irrecorrível. Diferentemente da prisão penal, a custódia preventiva tem natureza processual e, por ser uma medida cautelar com a finalidade de manutenção da ordem pública e garantia da aplicação da lei penal, necessita apenas do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Apostar, a descoberto, no mercado, aproximadamente 16 vezes o seu patrimônio líquido e já insolvente, comprar 2.300 contratos mais 1300 *swaps*, agravando a insolvência, bem como socorrer Empresa do mesmo controlador, com repatriamento do resultado da operação financeira em favor deste, salvaguardando patrimônio pessoal no exterior são evidências a configurar o *fumus boni iuris* em favor da manutenção da prisão preventiva:

O *periculum in mora* encontra-se no fato de que o prejuízo aos cofres públicos da ordem de 1,5 bilhão de reais e a lesão a centenas de credores, com a conivência de agentes do serviço público, ofende a penúria dos pobres e os agride a cada vez que é noticiada, soando nos lares como impunidade. Diante das contundentes provas, e de tamanha miséria a assolar grande parte da população que não tem acesso ao dinheiro público, nem às benesses correspondentes, a liberdade do paciente compromete a ordem pública.

O Poder Judiciário não pode permitir que o processo seja usado para acobertar o crime sob pena de conivência com ele. O Direito existe para proteger os cidadãos e não para garantir a impunidade.

Põe em risco o cumprimento da lei penal, também, o fato de ter o paciente dupla nacionalidade (Brasileira e Italiana) e a inexistência de tratado de extradição com a Itália.



Configuradas as condutas criminosas e demonstrados os indícios veementes de autoria é de se manter a custódia preventiva.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, **DENEGAR A ORDEM DE HABEAS CORPUS**, na forma do Relatório e do Voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 08 de agosto de 2000 (data do julgamento)

  
**MARIA HELENA**  
**Juíza do TRF/2ª Região**



**HABEAS CORPUS Nº 2000.02.01.035760-5**

**RELATORA : JUÍZA DO TRF-2ª REGIÃO DRª MARIA HELENA**  
**IMPTE : JOSE CARLOS FRAGOSO**  
**IMPDO : JUÍZO DA 6ª VARA FEDERAL CRIMINAL DO RIO DE JANEIRO**  
**PACTE : SALVATORE ALBERTO CACCIOLA (REU PRESO)**  
**ADV : JOSE CARLOS FRAGOSO**

**RELATÓRIO**

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado por JOSÉ CARLOS FRAGOSO, em favor de SALVATORE ALBERTO CACCIOLA, objetivando a cassação da r. decisão que determinou a prisão preventiva do paciente, no bojo da Ação Penal nº 99.046981-0, em tramitação na 6ª Vara Federal Criminal.

O órgão do Ministério Público Federal denunciou o paciente pela prática dos delitos descritos nos art. 4º, *caput*, e 10, da Lei Federal nº 7.492/86, que disciplina o Sistema Financeiro Nacional, bem como dos ilícitos tipificados nos artigos 312 e 333, parágrafo único, do Código Penal (fls. 80).

Inicialmente, convém alertar que a denúncia trata conjuntamente dos fatos relativos aos Bancos MARKA e FONTE CINDAM, sendo que o presente *Writ* irá tratar, apenas, do caso MARKA S/A, considerando que se insurge contra a prisão preventiva decretada contra o seu controlador, o Sr. Salvatore Alberto Cacciola.

Várias são as queixas do Impetrante, que procura demonstrar a impropriedade da decretação da prisão preventiva do Paciente, respaldada na garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal, no asseguramento da aplicação da lei penal, em considerando a magnitude da lesão causada.

Sustenta, em síntese, que a prisão preventiva só pode ser aplicada quando ocorram, rigorosamente, os seus pressupostos, e fique demonstrada a sua necessidade, o que não aconteceu no presente caso, uma vez que as alegações do decreto de prisão preventiva são inconsistentes, não demonstrando a necessidade da medida.

Salienta que a gravidade do crime imputado, confundida com a “magnitude da lesão” que teria sido causada, é circunstância que diz respeito não apenas ao Paciente, mas a doze de um total de treze acusados, ademais do fato de o prejuízo de R\$ 1,5 bilhão ser mera alegação acusatória; acima de demagógica toda a alegação de que este dinheiro “poderia ter servido para ajudar criancinhas pobres do Brasil”, pois esse prejuízo dependerá de ser demonstrado no curso do processo.

Sustenta ilegalidade na colheita de provas, forte em que a interceptação das ligações telefônicas, por violarem os princípios constitucionais relativos à garantia do direito à intimidade, tem que obedecer aos estritos limites da Lei nº 9.296/96, que prevê a necessidade de fundamentação da decisão que a deferir, bem como a demonstração da indispensabilidade





da medida e a comprovação da impossibilidade de a prova ser obtida por outros meios disponíveis.

Destaca, ainda sobre a interceptação telefônica, que, por ser medida restritiva de direito fundamental, deve ter limite. Lembra que a lei não permite seja violada a intimidade alheia eternamente, fixando um prazo de 15 dias para a interceptação, prorrogáveis por mais 15, limite esse que foi em muito ultrapassado.

Quanto à prática de novos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, dito na decisão atacada como tendo sido detectada através da escuta telefônica, sustenta serem simples acusações desprovidas de fundamento, feitas de modo vago e abstrato, não apontando o MM Juiz impetrado qualquer fato concreto que possa sugerir que o paciente tenha cometido novos crimes.

Aduz, também, que o fato de o Paciente usar linguagem injuriosa ao referir-se a autoridades constituídas não é motivo sério para a decretação de uma medida tão gravosa quanto a prisão processual, pois o "Paciente não teve a intenção de ofender". Nega, outrossim, idoneidade para sustentar a medida restritiva da liberdade a afirmação de o Paciente desejar que um funcionário seu "desaparecesse" porque ele não era "safo", que nada significa. Nega, também, consistência à afirmação de ameaça a testemunhas a justificar a perda da liberdade sem culpa formada, seja porque uma delas jamais foi ameaçada, seja porque a alegada ameaça contra a outra não tem autor conhecido.

Finaliza esclarecendo que o fato de o Paciente ser natural da Itália e brasileiro naturalizado não pode gerar presunção de que o mesmo fugiria, com o fim de eximir-se da aplicação da lei penal, por violar sólido entendimento no sentido da necessidade de se provar que o acusado violaria a ordem pública, ou frustraria o bom andamento da instrução criminal ou a aplicação da lei penal, provas estas que não foram apontadas na decisão da autoridade impetrada.

Requer, ao fim, a cassação da decisão que determinou a prisão preventiva do Paciente.

Foram anexados ao *Writ* as seguintes peças:

- a petição inicial, de 18 (dezoito) páginas;
- uma minuciosa denúncia do Ministério Público Federal, onde, em 68 (sessenta e oito) páginas, descreve todo o lamentável episódio envolvendo os Bancos MARKA S/A, FONTE CINDAM S/A, BANCO CENTRAL e altas autoridades do Governo;
- a petição da prisão preventiva do Paciente e de outros quatro denunciados, composta de 49 (quarenta e nove) páginas;
- a decisão de recebimento da denúncia, na qual foi acolhido o pedido de prisão preventiva do Paciente e outro, e negado aos demais, decisão essa fundamentada em 7 (sete) laudas;
- o Auto Circunstanciado do Departamento da Polícia Federal, por sua Divisão de Repressão ao Crime Organizado e de Inquiridos Especiais, de 6 (seis) folhas, acompanhado dos Termos de Declaração do Sr. Leon Jorge



Sayeg, que descreve os prejuízos que teve com a aplicação do seu capital nos Fundos alavancados na Bolsa de Mercadorias e de Futuros (BM&F), do Banco Marka, onde o Paciente era controlador majoritário, operação (uma delas) que serviu de fundamento à denúncia por gestão fraudulenta e temerária na ação penal onde foi decretada a sua prisão preventiva.

Da decisão questionada no presente *Writ*, (fls. 139/147) que prima por minuciosa fundamentação, pode-se verificar que, em síntese, as razões que justificaram o decreto preventivo foram:

- Existência de prova mínima de cometimento dos crimes denunciados e indícios poderosos de autoria, pressupostos da custódia preventiva, contidos na parte final do art. 312 do CPP.
- Circunstância legal geral, relativa à garantia da ordem pública, prevista no art. 312 do CPP, bem como a circunstância legal específica, inserida no art. 30, da Lei nº 7492/86 - a magnitude da lesão causada -, demonstradas pela gestão fraudulenta e temerária imputada ao Paciente na denúncia, que teria resultado em prejuízo ao erário público na ordem de R\$ 1.574.805.000,00 (um bilhão, quinhentos e setenta e quatro milhões, oitocentos e cinco mil reais).
- Relativa, também, à circunstância legal da garantia da ordem pública, a constatação - deduzida através de interceptações telefônicas realizadas por determinação judicial - de que o Paciente continuou praticando novos crimes contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária, bem como lavagem de dinheiro. Isto, segundo o MM. Magistrado, pode ser constatado às fls.174/204 do relatório da autoridade policial, com citações na denúncia, insinuando, em vários trechos, "a prática da tentativa de atos de busca de acesso indevido às autoridades públicas do Judiciário, Ministério Público, Receita Federal e Polícia Federal"...no intuito de interferir em atos de ofício por eles praticados .
- A garantia do processo criminal e a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, considerando, no primeiro caso, elementos concretos da possibilidade de o Paciente intimidar testemunhas, o que se pode concluir, dentre outros, do fato de ter ele expressado a vontade de sumir com o co-réu Eliel. No segundo - para assegurar a aplicação da lei penal - considerando que, ademais de ser controlador de instituições financeiras operando fora do Brasil, possuir o paciente dupla nacionalidade (ser também italiano), inexistindo tratado de extradição entre o Brasil e a Itália.

Indeferi a liminar postulada, considerando que a decisão atacada foi bem fundamentada, alicerçada em robustas provas quanto à autoria e à materialidade, sempre se reportando às páginas do processo que lhe dão suporte.

No perfunctório exame dos fatos, como se exige quando se decide o pedido de liminar, em vista somente dos elementos trazidos pelo impetrante, que se sabe serem apenas





aqueles imprescindíveis ao conhecimento do *Writ*, bem como os que interessam ao impetrante sejam evidenciados, entendi de manter a custódia preventiva por questões tanto jurídicas quanto metajurídicas, estas últimas, como elementos respaldadores da garantia da ordem pública. As primeiras - razões de ordem jurídica - por entender presentes os seus pressupostos: *fumus boni iuris e periculum in mora*, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, bem como à circunstância especial de que trata o art. 30, da Lei 7.492/86 - a magnitude da lesão causada. As últimas - razões metajurídicas - consubstanciaram-se na situação de carência do povo brasileiro, carências que poderiam ser supridas pela enorme quantia envolvida, comprovada por várias perícias técnicas, não impugnadas pelo impetrante neste *Writ*.

Entendi, à época, que, se a magnitude da lesão causada de que trata o art. 30, da Lei nº 7.492/86, por si só não justifica a custódia preventiva - tese ainda não pacificada em sede doutrinária e pretoriana -, se ela se fizer acompanhar de outros elementos, como, por exemplo, o desrespeito pelas instituições demonstrado pelo paciente nas conversações telefônicas interceptadas, estaria a violar a ordem pública, pela indignação que produz no espírito das pessoas, pelo descrédito das instituições, que tira a esperança do povo, ademais de manifestar intenção de prática de novos delitos, por intimidação de testemunha e tentativa de interferência junto a autoridades etc. Não considere relevante a queixa de ter sido extrapolado o prazo da escuta telefônica, fato que, em momento algum, no meu sentir, teria anulado o descalabro do que foi dito pelo paciente. Não a considere como prova obtida por meio ilícito, tendo em vista que foi autorizada judicialmente e ser indispensável à apuração dos fatos. Daí haver dito, quanto ao prazo da Lei 9.296/96, que "o Direito foi feito para proteger os cidadãos e não para garantir a impunidade.

O indeferimento da liminar ensejou nova impetração, desta feita junto ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que, por seu turno, também a negou, por razões outras. Ato contínuo, buscou o impetrante amparo na Suprema Corte, que, em judiciosa decisão da lavra do Ministro Marco Aurélio, no exercício da presidência, firme na inexistência dos pressupostos autorizadores da custódia preventiva, concedeu a liminar, posteriormente revogada pelo seu presidente, Ministro Carlos Mário Velloso, respaldado em jurisprudência daquela Corte, no sentido de aguardar-se o julgamento do HC originário deste Tribunal.

O douto órgão do MPF prestou as informações no prazo legal (fls. 249 a 286), onde, em minucioso e técnico parecer de 37 páginas, defende a justeza da cautela preventiva, apoiado em doutrina e jurisprudência que transcreve, confirmada pelos fatos concretos trazidos pela denúncia e examinados na decisão atacada.

Após o término do recesso judiciário, vieram aos autos informações complementares do M.M. Juiz impetrado, noticiando fatos novos (fls. ), acompanhadas de documentos.

Chegou, também, aos autos, acompanhada de farta documentação ( fls. ), uma petição do impetrante tentando comprovar, através de pareceres de auditores independentes - a firma KPMG e a firma MOREIRA & ASSOCIADOS - AUDITORES, bem como do escritório de advocacia BARBOSA, MÜSSNICH & ARAGÃO ADVOGADOS - o correto agir do paciente quanto à alteração do balanço de 1998, em face da desvalorização ocorrida em janeiro de 1999. Entende o impetrante que esses pareceres desmontam o suporte da prisão preventiva,



que se teria baseado na continuidade de prática de delitos. Postulou fosse dada nova vista ao Ministério Público Federal.

Foram, então, remetidos os autos ao MPF que, mantendo seu entendimento anterior, se manifestou no sentido da denegação da ordem.

É o relatório.

  
**MARIA HELENA**  
Juíza do TRF-2ª Região



**HABEAS CORPUS Nº 2000.02.01.035760-5**

**RELATORA : JUÍZA DO TRF-2ª REGIÃO DRª MARIA HELENA**  
**IMPTE : JOSE CARLOS FRAGOSO**  
**IMPDO : JUÍZO DA 6ª VARA FEDERAL CRIMINAL DO RIO**  
**DE JANEIRO**  
**PACTE : SALVATORE ALBERTO CACCIOLA (REU PRESO)**  
**ADV : JOSE CARLOS FRAGOSO**

**VOTO**

Conforme relatado, trata-se de **Habeas Corpus** objetivando cassar a decisão do MM. Juiz da 6ª Vara Federal que, nos autos da Ação Penal nº 99.046981-0, atendendo a pedido do órgão do MPF, decretou a prisão preventiva do paciente.

Inicialmente, é bom que se estabeleçam os limites da controvérsia, considerando que o que compete a esta Corte, neste momento, é examinar apenas os pressupostos e fundamentos da custódia preventiva, não estando em causa o mérito da ação penal.

Se para decidir sobre a concessão da liminar era-me exigido apenas um exame superficial dos fatos, o mesmo não se diga quando do exame do mérito de um remédio constitucional encarregado da proteção da liberdade, o bem maior depois da vida. Trata-se de um caso rumoroso, com a imprensa, a toda hora, trazendo novos detalhes, novos valores, a predispor nossos espíritos a ansiar por punição dos culpados. A imprensa, todavia, não pode influenciar o julgador, que se deve precaver para manter a serenidade que o permita distinguir a verdade em meio à avalanche de notícias veiculadas, muitas delas simples “achismos”. Como bem disse o Min. Marco Aurélio, na decisão concessiva da liminar: “exige-se do Judiciário a equidistância, a atuação desapaixonada, buscando, assim, o restabelecimento da paz jurídica momentaneamente abalada”.

Também presente no meu espírito, na hora em que me compete decidir sobre a liberdade de um ser humano, a advertência trazida pelo Em. prolator da decisão concessiva da liminar, quando cita Joaquim Falcão, em artigo publicado sob o título “A Imprensa e a Justiça”, da qual transcreve o seguinte excerto:

*“Ser o que não se é, é errado. Imprensa não é justiça. Esta relação é um remendo. Um desvio institucional... Jornal não é fórum. Repórter não é juiz, nem editor é desembargador. E quando, por acaso acreditam ser, transformam a dignidade da informação na arrogância da autoridade que não têm. Não raramente, hoje, alguns jornais, ao divulgarem denúncia alheia, acusam sem apurar. Processam sem ouvir. Colocam o réu, sem defesa, na prisão da opinião pública. Enfim, condenam sem julgar.”*





Foi com a mesma preocupação que norteou o espírito sensível daquele E. Ministro, um dos mais conceituados membros da Corte Suprema, que examinei este processo. O caso é altamente complexo, conforme facilmente se deduz do número de páginas de suas peças principais, e da infinidade de documentos carreados aos autos. A despeito de não se estar, neste momento, aqui a julgar o mérito da Ação Penal, é necessário que a hipótese fática seja bem entendida, porque a custódia preventiva tem por pressuposto a existência do fato delituoso e indícios de autoria (*o fumus boni iuris*).

Aqui, na instância inferior, o juiz está mais próximo dos acontecimentos, tendo mais liberdade na verificação dos fatos, podendo aprofundar-se na concretude das provas. Nesta sede, o julgador tem mais elementos que lhe permitam, mesmo na via estreita do *Habeas Corpus*, não apenas limitar-se à tese jurídica, que, principalmente em casos rumorosos como este, é levado com maestria pelo impetrante às altas Cortes de Justiça. Foi no mergulho dos fatos, em busca do *fumus boni iuris*, que encontrei elementos para decidir este processo, ousando discordar do douto Ministro Marco Aurélio, a quem, com certeza, tais fatos não foram apresentados na sua inteireza.

Com extrema dificuldade, procurando ater-me apenas ao que interessa aos limites deste *Writ*, pude extrair da extensa peça inaugural da Ação Penal nº 99.046981-0 (68 folhas), que denunciou 13 pessoas, dentre elas o paciente, que as condutas delitivas que lhe foram imputadas decorreram dos seguintes fatos:

1. Desde o mês de dezembro de 1998, o BANCO MARKA, cujo controlador é o paciente, vinha operando na Bolsa de Mercadorias e de Futuros – BM&F, em posições vendidas, totalizando 9.000 contratos no valor de US\$ 100.000.00 (cem mil dólares) cada um, ao preço médio de R\$1,22/US\$1, com vencimento para fevereiro de 1999. Trocando em miúdos: teria o MARKA que ter dólares para pagar esses contratos em 1 de fevereiro de 1999, que, ao preço avençado de R\$1,22, totalizaria o astronômico valor de R\$1.098.000.000,00 (hum bilhão e noventa e oito milhões de reais), o que corresponde a quase 16 vezes o valor do seu patrimônio líquido, avaliado em R\$ 68.750.000,00 (sessenta e oito milhões, setecentos e cinquenta mil reais). Todavia, a sua operação foi “a descoberto” – ele não possuía os dólares para garantir a operação, estava apenas especulando.

2. Houve um acidente de percurso nos planos do MARKA. A jogada do seu administrador e controlador não deu certo. O Governo Federal que, desde a implantação do Plano Real, em julho de 1994, havia adotado a regra de equivalência do real à moeda norte-americana (a chamada âncora cambial – R\$1/US\$1), a partir da crise financeira do México, ocorrida em final de 1994, decidiu atuar nos mercados interbancários de câmbio, nos segmentos de taxas livres e flutuantes, por meio do regime de bandas, através do qual o Banco Central do Brasil - BACEN se obrigava a intervir nos mercados toda vez que os limites – superior ou inferior – das bandas fossem atingidos, no escopo de estabelecer um ponto de equilíbrio entre as duas moedas, bem como atuar junto a BM&F, através do Banco do Brasil-Distribuidora de Títulos e Investimentos S/A – BB DTVM.

3. Em 13 de janeiro de 1999, o BACEN decidiu modificar a sua política cambial que, em princípio, só seria implementada em fevereiro; passou a adotar o



regime de "bandas largas", com a variação do dólar entre as taxas de R\$1,20 e R\$1,32. No dia 15 de janeiro, o Governo anunciou a revogação do regime de bandas e no dia 18 de janeiro (uma segunda feira), adotou o regime de livre flutuação cambial, o que propiciou, quase que de imediato a elevação do dólar a R\$1,98. Essa mudança de estratégia teria ocasionado perdas patrimoniais suportadas pelo Tesouro Nacional na ordem de seis bilhões de reais, considerando que 86% das posições em aberto na BM&F eram operações do BACEN, efetuadas pelo BB DTVM. Essa atuação do BACEN, que está sendo apurada na Ação Penal, não interessa a esse caso, salvo no que diz respeito às suas implicações com o BANCO MARKA.

4. Essa modificação da política cambial do Governo fez com que o BANCO MARKA – e todos aqueles que, apostando na manutenção do câmbio se encontravam na posição vendida - viesse a se encontrar, naquela manhã de 13 de janeiro de 1999, numa gravíssima crise cambial – situação de "alavancagem", segundo o jargão do ramo - pois que cada centavo de dólar que superasse o limite contratado de R\$1,22, correspondia a uma perda de R\$11.300.000,00 (onze milhões e trezentos mil reais).

5. A despeito de já se encontrar em situação difícilima, sabedor de que não teria suporte econômico para saldar os seus 9.000 contratos, o paciente, no próprio dia 13 de janeiro, assumiu a posição, na BM&F, do FUNDO STOCK MÁXIMA. Ou seja, em inusitada operação, o MARKA fez com que esse fundo que, tal como ele, MARKA, estava na posição vendida em dólar, tivesse a sua situação revertida. Ou seja, o MARKA assumiu a posição do FUNDO STOCK MÁXIMA, considerando a taxa de R\$1,23764/US\$1, quando o dólar no mercado à vista estava sendo cotado no valor de R\$1,32/US\$1.

6. Em assim agindo, o paciente, administrador do BANCO MARKA - que já se encontrava insolvente, ante a diferença entre o valor das posições assumidas e os novos parâmetros da banda cambial – agravou, ele próprio, a sua situação de insolvência patrimonial, acumulando mais resultados negativos com a aquisição de mais 2.300 (dois mil e trezentos) contratos. Ademais, ainda comprou 1.300 contratos de *swaps*.

7. Após essas novas compras, o paciente procurou socorro junto ao BACEN que -, em operação de discutível legalidade, e que não será objeto deste *Writ*, envolvendo altas autoridades governamentais e amigos comuns - na reunião do dia 14 de janeiro acolheu o pedido de ajuda do paciente, instrumentalizando-o por meio do **Voto BCB 006/99**. Como resultado, o BACEN assumiu a posição do BANCO MARKA no mercado futuro, ajustando-se a operação à taxa de R\$1,2750, quando o preço do dólar já estava em R\$1,32.

8. Para justificar essa operação de salvamento, a alta administração do BACEN, que teria incluído até o seu presidente, após uma reunião que se iniciou às 18 horas do dia 14/01, teria pedido à BM&F o envio de uma carta alertando o BACEN da possibilidade de surgimento de uma crise sistêmica no mercado, na hipótese da sua não intervenção no mercado futuro de câmbio. Tal carta, que teria chegado ao BACEN em 15 de janeiro, veio datada de 14 de janeiro.

A handwritten signature or set of initials, possibly "P. J.", written in dark ink at the bottom right of the page.





9. Sustenta-se, na denúncia, a inexistência de qualquer crise sistêmica, por razões detalhadamente descritas, aduzindo-se, ainda, que às folhas 1308/1310 da Ação Penal há a informação do BANCO DO BRASIL-BANCO DE INVESTIMENTO S/A, que teria cumprido a ordem (recebida do BACEN às 20:50 horas do dia 14/01/99, portanto, após o horário de encerramento do pregão), efetuando a liquidação e registro contábil das operações que resultaram na assunção, pelo BACEN, das posições do MARKA, e depois do FONTECINDAM, na BM&F.

10. Após essa ajuda do BACEN, que teria ocasionado um prejuízo na ordem de mais de um bilhão e meio de reais, o BANCO MARKA efetuou uma “liquidação atípica”, ou seja, ao invés de ter sido liquidado extrajudicialmente, simplesmente se auto-liquidou, encerrando suas atividades, transformando-se na Empresa MARKA S.A Empreendimentos e Participações.

Esses fatos, tais como aqui narrados, não são contestados. O que se alega, em defesa das autoridades governamentais, é que a ajuda aos bancos envolvidos, MARKA e FONTECINDAM, teria o escopo de evitar um “risco sistêmico”. Não discuto tal argumento. Não é esta a sede própria. Tal será apurado no bojo da Ação Penal.

O que interessa a este processo é perquirir-se ter havido, ou não, agir temerário ou fraudulento do paciente – a sustentar o *fumus boni iuris*, além da ocorrência das demais circunstâncias que venham a demonstrar presente, também, o *periculum in mora*, a justificar o decreto de sua prisão preventiva.

Assevera-se, com propriedade, que a Carta Política do Brasil agasalha o Princípio da Presunção da Inocência. Com base nesse argumento, sustenta-se despropositada a prisão do paciente antes de condenação definitiva.

Se a primeira assertiva é verdadeira, o mesmo não se pode dizer da segunda. Há que se distinguir entre a prisão penal, aquela que é aplicada em decorrência de sua cominação em sentença penal condenatória irrecorrível, e a prisão processual, de caráter cautelar. Da primeira se ocupa o princípio constitucional. A segunda - a prisão preventiva, de natureza excepcional naquelas sociedades democráticas que agasalham o princípio da presunção constitucional do estado de inocência - não depende da prévia existência de uma sentença trânsito em julgado; outros são seus pressupostos. De fato, a prisão processual tem por fundamento a prevalência do interesse público sobre o interesse individual e poderá ocorrer nas situações de flagrância (arts. 301 a 310 do CPP), de custódia preventiva (arts. 311 a 316 do CPP) etc..

Conforme bem salientou o douto órgão do MPF, “a prisão preventiva pode ser definida como a privação provisória e excepcional da liberdade individual, que tem por pressupostos a prova da existência de um crime e a presença de indícios suficientes de sua autoria (*fumus boni iuris*), e por fundamentos a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e o assecuramento da aplicação da lei penal (*periculum in mora*)”. Tal é a dicção do art. 312 do CPP, cuja constitucionalidade jamais foi questionada no ordenamento jurídico pátrio.





A garantia da ordem pública, ainda na dicção do douto parecerista, deve ser compreendida como “*as providências de segurança necessárias para evitar que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima e seus familiares ou qualquer outra pessoa, quer porque é acentadamente propenso às práticas delituosas, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. A conveniência da instrução criminal manifesta-se quando o acusado, estando em liberdade, quer por sua periculosidade, quer por seu poder econômico ou político, labora concretamente para obstaculizar a colheita de provas do ilícito, seja ocultando ou fazendo desaparecer os vestígios materiais do crime ou, ainda, atua subornando ou coagindo vítimas e testemunhas. Finalmente, cabe a custódia preventiva para assegurar a aplicação da lei penal quando há evidências concretas de que o réu, se condenado, tentará furtar-se ao cumprimento da pena, ou quando ante tal perspectiva recalcitra em comparecer aos atos processuais*”. (os grifos foram apostos)

Assentado que esteja a possibilidade, em tese, de prisão cautelar sem que seja desrespeitado o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, a questão que se põe é saber se, na hipótese concreta, ela se justificava.

As perguntas que me fiz, após examinar o processo: é crime especular no mercado financeiro? Onde há culpa do paciente em socorrer-se do BACEN para salvar-se de uma situação ocasionada por uma mudança na política cambial do Governo? Onde há culpa sua se o BACEN socorreu-lhe, se o fez indevidamente? Pareceu-me, de pronto que, respondidas isoladamente essas questões, as respostas a todas seriam negativas. Seriam idôneas para justificar uma sentença condenatória se comprovada a prática de delitos envolvendo as partes dessa operação. Donde, então, perguntei-me, a culpa do paciente, tão evidenciada a ponto de ter-lhe sido decretada a prisão preventiva?

É verdade que, mesmo dentro do estreito contexto probatório próprio da via especial do *Writ*, encontrei comprovada a prática de delitos, com evidentes indícios de sua autoria. Um deles, o fato de haver o paciente apostado, a descoberto no mercado futuro, valor aproximado a 16 vezes o seu patrimônio líquido. Isto, não resta dúvida, evidencia um agir temerário. O agir fraudulento, que vi evidenciado nos autos, consubstanciou-se no fato de, mesmo sabendo-se insolvente, haver comprado - no mesmo dia (13/01/99) em que o dólar já havia atingido, no mercado à vista, a cotação de R\$1,32 - mais 2.300 contratos ao dólar a R\$1,23764, e mais 1.300 *swaps*, agravando, assim, a sua situação de insolvência. Dentro deste quadro, perguntei-me: estes fatos, por si sós, justificam o decreto preventivo da prisão?

Depois de muito meditar - tendo presentes em meu espírito os argumentos tão fortes que sustentaram a decisão concessiva da liminar, proferida por um ilustre membro da Suprema Corte - inferi que havia algo muito maior do que apenas uma operação de ajuda para “evitar uma crise sistêmica”. O que deixou claro para mim que o paciente não teria agido por caridade ao agravar “espontaneamente” a sua situação de insolvência, e sim porque sabia que, de alguma forma, seria socorrido pelo BACEN - o que na realidade aconteceu - foi a existência de um bilhete (fls. 45), que foi apreendido pela Polícia Federal, demonstrando que, para que “algo fosse esquecido”, a ajuda deveria vir, como aliás veio. Mas esse fato, que ainda depende de apuração na sede própria, não se mostrava ainda suficiente para justificar a perda da liberdade antes da formação de culpa.



Continuei na pesquisa dos fatos, e, como presentia, outras evidências da necessidade da custódia preventiva do paciente foram aparecendo: há prova nos autos de que, ao comprar os contratos do FUNDO STOCK MÁXIMA, estava o paciente protegendo o seu próprio dinheiro. De fato, conforme constatado em várias perícias, o FUNDO STOCK MÁXIMA administrava recursos de um fundo estrangeiro, 'THE INNOVATION FUND LTD' – seu único cotista. Constatou-se, também, que todos os recursos desse fundo estrangeiro eram originários do MARKA BANK LTD (também controlado pelo paciente e sediado em Nassau/Bahamas), e mais, que esses valores pertenciam à empresa ÁGUA CLARA COMÉRCIO E CONSULTORIA LTD (sediada nos Açores) que era administrada indiretamente pelo BANCO MARKA S/A, através de participações sucessivas nas empresas Sacre Com. Ext. Ltda e Farmi Part. Cons. e Fact.

Donde se conclui que o FUNDO STOCK MÁXIMA administrava recursos do próprio BANCO MARKA, e pois, do próprio paciente, seu controlador, que repatriou o resultado dessa operação para o exterior, colocando a salvo o seu patrimônio particular, agravando, desse modo, a situação de insolvência do BANCO MARKA.

O valor levantado pelo fundo estrangeiro "THE INNOVATION FUND LTD", (US\$13.119.809.44), foram creditados na conta nº 101WA115754000 no **Swiss Bank New York**, nas mesmas datas em que foram disponibilizados pelo Banco Central (14 e 18/01/99).

Na linha de todo esse raciocínio que vim de desenvolver, amparada nos fatos, cheguei à conclusão de que as várias perícias técnicas traziam a comprovação da existência de condutas que, em tese, configuram crimes, assim como demonstram indícios veementes de autoria – *o fumus boni iuris* exigido pelo art. 312, segunda parte.

Veja-se o que diz o eminente prolator da decisão atacada, (fls. 140/141), quanto à autoria e à materialidade dos crimes pelos quais foi denunciado o paciente:

*"(...) Sendo assim, orientado pelo detalhado relatório apresentado pela autoridade policial, constato dos autos que as divergências destinadas a reunir elementos para o oferecimento da denúncia resultaram frutíferas em apontar provas componentes do suporte mínimo indicativo da existência de crimes contra o sistema financeiro, a Administração Pública e a fé pública, consubstanciadas, inclusive, quanto à materialidade, em 4 laudos de exames documentoscópicos, 3 laudos da área da informática, 2 laudos contábeis e 1 laudo de exame de material apreendido, indicados e analisados às fls. 111/132 do referido relatório. Os indícios da autoria dos referidos crimes como se observa da denúncia oferecida pelo MPF, que além de abordar a mecânica geral de suas práticas ainda individualiza as condutas assumidas por cada qual dos denunciados, estão presentes neste momento de admissibilidade da peça acusatória, uma vez que, numa perfunctória análise das razões que ensejaram seu oferecimento, em cotejo com o raciocínio seguido pela autoridade policial em seu relatório e conferidos estes com os pontos mais relevantes das peças e atos reunidos no inquérito, verifica-se a ligação dos denunciados àquelas condutas (...) De um*





*modo geral, como visto acima, estão presentes a prova mínima sobre a existência dos crimes e indícios poderosos de que os denunciados são seus autores, pressupostos da custódia preventiva, contidos na parte final do art. 312 do CPP.” (os grifos não estão no original)*

Mais adiante, em suas informações (fls. 174/175), diz o douto magistrado:

*“(..) Como fundamentado na decisão ora atacada pelo impetrante, a prova da existência do crime e os indícios da autoria, consubstancia-se em vasto material submetido a nada menos que 10 (dez) exames periciais, todos elaborados por peritos oficiais do órgão competente do polícia judiciária federal, como determina o art. 159 do CPP, bem como outros elementos colhidos em sede policial, tais como depoimentos e documentos, todos constantes dos autos, os quais demonstram, em suma, que o paciente era, à época dos fatos, controlador e administrador do Banco MARKA S/A e, como tal, adotou condutas que importaram em gestão fraudulenta da referida instituição, bem como atuou, juntamente com outros acusados, nas manobras que resultaram em desvio de dinheiro público, indevidamente, para ajuda financeira àquele banco. (...)*

*Sob o prisma da análise realizada sobre tais pressupostos, note-se que estando a decisão do juiz inserida nos autos em que é oferecida a denúncia, bem como todos os documentos que a amparam, por si só, já deixa evidente que não se faz imprescindível que o magistrado passe a transcrever todo o conteúdo do fato criminoso que a inicial já contém. Sobretudo quando a peça ostenta 68 folhas, como a do caso em tela.*

*A decisão que decretou a preventiva foi proferida nos próprios autos (cópia em anexo), fazendo expressa menção às folhas onde estão contidos os elementos que influíram em meu convencimento e que estão nos autos, não havendo razão, exceto todas aquelas contrárias à economia processual, para que ficássemos a abastar os autos com palavras redundantes.”*

Evidenciado me parece, portanto, claro como a luz meridiana, o *fumus boni iuris*. Impende, agora, examinar o *periculum in mora*. No que respeita a esse pressuposto, a forma de agir do paciente, agravando a situação da empresa para salvar patrimônio próprio, e o conteúdo das conversas telefônicas gravadas, deixaram bem claro em meu espírito a necessidade de ser mantida a sua prisão preventiva, porque vislumbrei presentes, também, as circunstâncias legais que a embasaram, deduzidas na decisão que a decretou - as circunstâncias legais ligadas à garantia da ordem pública, ao asseguramento da aplicação da lei penal e à conveniência da instrução criminal (art. 312 do Código Penal), bem como à circunstância especial prevista no art. 30, da Lei 7.492/86 - a magnitude da lesão.

Quanto a esse último aspecto - a magnitude da lesão - por envolverem os fatos um prejuízo para o erário na ordem de R\$ 1.574.805.000,00 (hum bilhão, quinhentos e setenta





e quatro milhões, oitocentos e cinco mil reais), sem sombra de dúvida é despicendo falar-se qualquer coisa a mais para demonstrar estar presente a circunstância do art. 30, da Lei 7.492/86 – o prejuízo fala de si por si mesmo.

Relativamente a essa circunstância especial para decretação da prisão preventiva – a magnitude da lesão –, o que se discute é a sua autonomia para, por si só, autorizar a prisão preventiva. Essa matéria realmente não é pacífica, e foi rechaçada pelo Em. Min. Marco Aurélio. Todavia, a par de vir acompanhada de outras circunstâncias que, a meu sentir, têm idoneidade de respaldá-la, eminentes doutrinadores defendem a tese contrária, à qual, com a devida vênia, endosso.

Confira-se o texto abaixo, extraído do duto parecer do órgão do MPF, de fls 265/266:

*“De se ver, todavia, no caso específico dos crimes contra o sistema financeiro nacional, como já tivemos oportunidade de assinalar alhures, que (...) o fundamento de garantia da ordem pública, além das características que já enunciamos, pode ser alegado para acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida, como já decidiu o STF, deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si só, não basta à decretação da custódia provisória, não menos exato é que, a forma de execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do evento, e outras circunstâncias provoquem intensa repercussão, e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública’ (Mirabete). O aresto do STF, referido por Mirabete, afiança que ‘no conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa’ (STF, RTJ 124/1000, Rel. Min. Carlos Madeira). É exatamente neste fundamento que a magnitude da lesão causado ao SFN, qual seja, o grande valor do prejuízo econômico causado as empresas, investidores, instituições públicas etc. ou, ainda, o grande número de lesados pela conduta típica, poderá prioritariamente repercutir ocasionando grave comoção social de modo a ensejar uma eventual decretação da custódia preventiva.” (os grifos não estão no original)*

Prejuízo de mais de um bilhão e meio de reais!... Por que deverá ser suportado pelo povo brasileiro? É a pergunta que paira no ar.

Ao atento exame dos elementos coligidos nos autos para verificar se agiu bem o julgador ao decretar a prisão com base nos demais argumentos que enumera – as circunstâncias gerais elencadas no art. 312 do CPP – minha preocupação primeira foi verificar se teria havido violação a algum princípio constitucional garantidor da liberdade. Não



desconheço que uma das grandes conquistas da Humanidade foi a constitucionalização dos princípios garantidores do processo penal. Concordo serem eles uma conquista que deve ser preservada a todo o custo, porque a medida da evolução dos povos está intimamente ligada à evolução do seu Direito Penal. Não discuto seja um dos mais belos princípios, consagrados em todas as Cartas Políticas dos povos ditos civilizados, o da presunção de inocência, insculpido no inc. LVII, do art. 5º, da Constituição do Brasil: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Este é um princípio assegurador da liberdade e, ao mesmo tempo, um escudo contra o arbítrio do Estado. Sei, também, que o princípio da presunção da inocência não anda sozinho; anda de mãos dadas com outros que o complementam: ninguém poderá ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inc. LIV); dirigido pela autoridade competente (inc. LIII), e sem que lhes sejam assegurada a ampla defesa e os recursos a ela inerentes (LV), não servindo para instrução do processo provas obtidas por meios ilícitos (inc. LVI) - todos esses princípios enunciados nos incisos do art. 5º, da Constituição Federal. O processo penal exige o respeito a todos eles; não apenas a alguns, porque não são alternativos, são cumulativos.

Quando examinei o pedido de liminar, num perfunctório exame que a hipótese comportava, não vislumbrei violação a qualquer princípio constitucional garantidor da liberdade. Agora, no momento em que estou a julgar o mérito, em que me aprofundo na matéria fática, não mudei de entendimento: continuo a não vislumbrar qualquer violação à Carta Constitucional.

Parto do seguinte raciocínio: as leis são feitas para os homens e não os homens para as leis. Daí resulta a necessidade de constante revisão dos valores em que se sustentam as normas proibitivas, com vistas à aferição da proporcionalidade entre a proibição de um direito e o valor que se quer proteger. Isso é de fundamental importância, porque as leis têm que ser aceitas no seio da Comunidade onde são editadas. É o princípio da razoabilidade das normas, hoje tão em voga.

A despeito do enunciado do princípio da presunção da inocência, o ordenamento jurídico pátrio permite a prisão preventiva, se presentes determinados pressupostos que a lei estabelece. O que se exige, a justificar a exceção a tão relevante princípio, é que ocorram as hipóteses que, valoradas pelo legislador, permitam que haja a perda da liberdade antes mesmo da sentença condenatória trãnsita em julgado. Não se trata, conforme dito, de uma prisão penal, e sim, de uma prisão processual, cautelar, exigida tanto para a garantia da ordem pública quanto do processo e da aplicação da lei penal.

Nada vejo a censurar na decisão guerreada, quando se alicerça no fundamento da garantia da ordem pública a justificar a prisão preventiva do Paciente. Algumas expressões como moralidade pública, bem estar social, ordem pública, variam no tempo e no espaço. Assim como as leis não são dispositivos esparsos, soltos no tempo, e sim um conjunto de regras que forma um sistema harmônico e integrado, os conceitos que informam seus postulados também não são conceitos imutáveis; são apenas simples conceitos que algum dia foram formulados obedecendo a determinadas circunstâncias históricas - *a occasio legis*. Essas circunstâncias históricas variam, e, frente às novas realidades sociais, não se pode mais aceitar preceitos que foram formulados para atender a outras, em diferentes contextos.

A handwritten signature in black ink, located at the bottom right of the page.





O conceito de ordem pública foi doutrinariamente formulado quando a sociedade era outra e outros eram os seus valores. Foi formulado quando os crimes que mais chocavam a sensibilidade pública eram os violentos contra as pessoas. O Código Penal Brasileiro é de 1940, e o Código de Processo, de 1941. Estava-se, pois, naqueles tempos em que, estarecidos pelas atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, os povos andavam em busca de uma proteção mínima aos cidadãos, para evitar a reiteração de novas violações aos direitos humanos, que tanto envergonharam, e ainda envergonham, a Humanidade. Daí entender-se, por muito tempo, que a garantia da ordem pública, a justificar o decreto de prisão preventiva, restringia-se àquelas hipóteses “do homicida voraz que, mesmo depois de descoberta a prática do crime, persiste praticando, ostensiva e escandalosamente, o mesmo crime; ou da necessidade de manter o réu seguro da *vindita* que lhe quer aplicar a família da vítima” (trecho da decisão).

Hoje, os tempos são outros. O mundo mudou: está globalizado, excludente, infeliz e paradoxal. A globalização, que alguns definem, numa concepção reducionista, como simplesmente “o domínio das multinacionais americanas”, se tem trazido benefícios - e inegavelmente os tem - não se pode negar, todavia, que tem sido, também, um fator altamente excludente para aqueles que “não conseguiram pegar o seu bonde”, aprofundando o fosso que separa os ricos dos pobres, uma vez que os benefícios que traz aos primeiros são infinitamente maiores que os que são concedidos aos últimos. Daí, os paradoxos: nunca se produziu tanto! Há comida neste planeta o suficiente para alimentar 8 bilhões de pessoas, quando somos 6, e mesmo assim, com toda essa fartura, 2 bilhões de pessoas passam fome. Os levantamentos efetuados por fontes oficiais demonstram que a cada 15 minutos morrem 100 crianças, vítimas de doenças relacionadas à ausência ou deficiência de saneamento básico. Um terço da humanidade está desempregada, desesperançada, desnutrida. No Brasil a população carece de instrução, saúde, habitação etc...

Essa é a situação que se apresenta. Poder-se-ia perguntar, como aliás foi perguntado: o que tem a fome no mundo a ver com a prisão preventiva do Paciente?

Entendo que tem tudo a ver. O Brasil tem riquezas fabulosas. Temos a Amazônia, o maior ecossistema do mundo; temos a maior reserva hídrica (de água potável) do planeta; temos um dos maiores territórios, com terras férteis e solo novo. Os noticiários nacionais vêm informando diariamente as sensíveis melhoras nos indicadores macroeconômicos do Brasil. Se assim é, surge a questão: qual a razão de tanta carência a amargar a vida do povo brasileiro? O que está errado conosco?

Entendo que, dentre outros fatores responsáveis, que não encontram aqui a sua sede de discussão, inquestionavelmente se encontra o fato de as riquezas nacionais estarem se escoando pelos dedos da corrupção, do desperdício, da utilização da coisa pública sem que se atenda ao interesse público.

Não vejo como não seja atentatório à ordem pública, em vista de provas tão evidentes, permitir-se que um dos principais prováveis componentes - de um possível “complô” entre autoridades e particulares, que acusam uma lesão os cofres públicos na ordem de mais de 1,5 bilhão de reais, e que, a despeito de receber as benesses do governo (fato incontroverso nos autos), fechou seu estabelecimento, lesando centenas de credores -





permaneça livre, desfilando a sua impunidade ante às carências do povo brasileiro, nesse nosso Brasil cuja posição no Índice de Desenvolvimento Humano - IDH só nos causa vergonha.

Se a riqueza dos ricos, mesmo a obtida por meios lícitos, está ofendendo a penúria dos pobres, quanto mais aquela proveniente do ilícito, praticado, (ao que as provas indicam) com a conivência daqueles que deveriam zelar pela coisa pública. Antigamente, a corrupção e a safadeza ficavam escondidas. Hoje, a mídia satura nossos lares com um rol de atrocidades que está tirando a esperança do povo, e a reação de um povo desesperançado pode ser imprevisível, e altamente comprometedora da ordem pública.

Ademais, em longos trechos de conversas gravadas, foi demonstrado o descaso do Paciente com o destino do país, com as autoridades constituídas, demonstrando sua intenção em obter, indevidamente, vantagens que poderão ser pagas facilmente com o enorme numerário que foi transferido para o exterior.

Infelizmente está-se vendo no Brasil uma vergonhosa promiscuidade entre o público e o privado, envolvendo valores cada vez mais elevados. O poder do dinheiro é muito grande e, devido à fabulosa quantia envolvida, levou-me a supor – e não era apenas uma suposição, e sim uma certeza em meu espírito – que, da mesma forma como outros se evadiram, não seria o Paciente que esperaria, placidamente, uma sentença que fosse contrária aos seus interesses. A sua fuga que, se era uma previsão quando lhe foi negada a liminar, tornou-se, hoje, já uma realidade. Ele está foragido.

Veja-se o que diz o MM. Juiz em suas informações complementares, quanto à reiteração de condutas delituosas e à evasão do paciente:

*“Outrossim, com vistas a intimar o Paciente a depositar os honorários devidos aos defensores dativos, que atuaram nos atos de prova oral de acusação, em razão de seus advogados constituídos terem adotado a manobra estratégica de abandonar aquelas audiências, este Juízo determinou sua intimação pessoal nos endereços constantes dos autos, sendo certo que, como se observa da certidão do oficial de justiça (cópia 05 em anexo), o Paciente, seus familiares e empregados que trabalham em sua residência, não mais foram vistos desde o lapso decorrido entre sua soltura e a reconsideração da liminar pelo Ministro CARLOS VELOSO.*

*Nem mesmo a Delegacia de Polícia Marítima Aeroportuária e Fronteiras, foi capaz de identificar a eventual saída, ou não, do Paciente, do território nacional (cópia 06 em anexo).*

*Face a estes fatos, a prisão preventiva ora atacada e já defendida por este Juízo nas informações originárias, ainda mais se justifica, na medida em que, em relação ao requisito da garantia da ordem pública, frise-se que CACCIOLA já foi condenado em 1º Grau por infração ao artigo 17 da Lei nº 7.492/86, pelo Juízo da 5ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, no processo n. 96.0025322-6,*



*ora em grau de recurso, está sendo processado criminalmente nos autos da ação penal nº 2000.510.1509046-0, por infração aos artigos 4º, caput e 10 c/c 25 da Lei nº 7.492/86 e artigos 312 c/c 29 e 333, parágrafo único, do CP, e, não obstante isso, segundo confirma o relatório da Receita Federal, mesmo após aqueles fatos, ainda encontra-se a praticar outros crimes, não capitulados em nenhuma daquelas outras duas ações, mas agora contra a ordem tributária, dentro do mesmo contexto, ou seja, no tocante ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica Banco” (fls. - grifei)*

Vislumbro, portanto, ademais da garantia da ordem pública, tanto o pressuposto necessidade de assegurar a aplicação da lei penal quanto o de garantir a instrução criminal, levando-se em consideração, outrossim, o fato da sua dupla nacionalidade e ausência de tratado de extradição entre Brasil e Itália.

No que respeita à alegação de violação ao Princípio Constitucional da Intimidade, há, de fato, uma alegação de que a escuta telefônica - que foi autorizada judicialmente - fora realizada extrapolando o prazo estabelecido na lei que a regula; daí, concluir-se pela ilicitude da prova e sua inidoneidade para sustentar a denúncia.

Não vejo qualquer mácula à Ação Penal o fato de o juiz haver autorizado a escuta telefônica por prazo superior a 30 dias. O art. 1º da Lei Federal nº 9.296/96<sup>1</sup> faculta a escuta telefônica no âmbito processual penal, mediante prévia autorização judicial, para fins de colheita probatória. O seu art. 2º enumera, taxativamente, as hipóteses em que aquela não pode ocorrer. Pode-se verificar, conforme salientou o MPF, no quadro do concurso de crimes que se imputa ao ora paciente, no bojo da ação penal principal, que se encontram presentes, a *contrario sensu*, os requisitos genéricos permissivos da quebra do sigilo telefônico contidos nos incisos do citado art. 2º, da Lei Federal nº 9.296/96<sup>2</sup>.

Realmente, quanto ao aspecto objetivo, encontram-se presentes indícios de autoria e materialidade de múltiplas infrações penais (inciso I); os fatos em investigação efetivamente envolvem crimes apenados com reclusão (inciso III), eis que se imputa ao paciente a prática dos delitos capitulados nos artigos 312 e 333 do CP, em concurso de agentes e de crimes. No que tange à esfera subjetiva, a prova perseguida em decorrência dos crimes investigados, em especial a participação em peculato e corrupção ativa, recomendava a escuta telefônica dos investigados (inciso II).

Tem razão, ainda, o douto membro do *Parquet* Federal quando, citando lição de Adda Pellegrini Grinover (O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas – RF,338/10), adverte que, no que tange à relevância da escuta preconizada neste inciso II,

<sup>1</sup> “Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova de investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”

<sup>2</sup> “Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I – Não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – A prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III – O fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.”





*“este preceptivo deve ser interpretado em consonância com o estatuído pelo caput do art. 4º da Lei de Regência, qual seja, é preciso apenas que reste evidenciado que sua realização é necessária à apuração de infração penal. Assim, no juízo sumário de cognição efetuado pelo magistrado quando da apreciação liminar do requerimento de quebra do sigilo, não é preciso que a escuta seja imprescindível enquanto prova única, bastando apenas que - sob uma prudente ótica de razoabilidade - a mitigação da garantia constitucional seja reputada processualmente útil naquele passo. Daí, inclusive, a validade da afirmação de que “(...) Se, naquele momento, à cognição sumária do juiz a quebra do sigilo da comunicação telefônica pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido lícita e não perderá essa característica se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios”.*

Pode-se ver que a decisão autorizadora da escuta foi bem fundamentada, havendo atendido, perfeitamente, aos reclamos legais (art. 2º, da Lei 9296/96): indícios razoáveis de autoria ou participação na infração penal objeto de investigação, indispensabilidade da escuta e gravidade do ilícito penal, autorizada em relação às pessoas mencionadas no requerimento da Autoridade Policial. Uma simples leitura na decisão de fls. 211/213, que autorizou a escuta, não deixa qualquer dúvida quanto à legalidade da autorização.

No que concerne às sucessivas prorrogações, no meu entender, foram legítimas. Socorro-me das informações prestadas pelo MM. Juiz impetrado (fls. 184/186), que são bem elucidativas:

*“(...) No tocante ao prazo de execução da medida, observe-se que todas as prorrogações aconteceram dentro da mais estrita legalidade, já que a autoridade policial jamais usurpou o prazo concedido originariamente, sem prévio requerimento e autorização judicial.*

*Resta, então, enfrentar a questão jurídica levantada pelo nobre impetrante, no sentido de que a dicção do art 5º da Lei nº 9.296/96 prevê apenas uma prorrogação, por novo prazo de 15 dias, de medida de interceptação deferida inicialmente (itens 25 a 32 da inicial do HC).*

*Data venia, nos parece equivocado a interpretação que o impetrante pretende dar ao referido art. 5º, uma vez que a mens legis parece cristalina, no sentido de autorizar tantas prorrogações quantas se fizerem necessárias, de acordo com o princípio da imprescindibilidade da medida, insculpido na parte final daquele dispositivo.*

*VICENTE GRECO FILHO, em comentários ao referido artigo, alerta: ‘A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo’ (Interceptação telefônica. Saraiva, 1996, p. 31)*





*ADDA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO M. GOMES FILHO acrescentam: 'A lei não diz expressamente se, após a primeira prorrogação, outra será possível, mas aqui também o juiz deverá guiar-se pelo bom senso e pelo direito comparado, sendo possíveis tantas prorrogações quantas necessárias desde que continuem presentes os pressupostos de admissibilidade da ordem de interceptação' (As nulidades no processo penal. Ed, RT, 1998, p. 187).*

*Até mesmo o autor citado pelo impetrante, LUIZ FLÁVIO GOMES, ao contrário do que consta referido na inicial do HC, fazendo menção a outros autores, acaba por manifestar: 'A interceptação telefônica é medida excepcional e tem por fundamento a sua necessidade para a obtenção de uma prova. O fundamental, assim, não é tanto a duração da medida, sendo a demonstração inequívoca da sua indispensabilidade. Enquanto indispensável, enquanto necessária, pode ser autorizada'. (Interceptação telefônica. Ed RT, 1997, p. 219).*

*No caso, afora todas as razões mencionadas no requerimento inicial (cópias em anexo) e nos pedidos de prorrogação (que estão à disposição de V.Exa), ainda se observa, do teor dos trechos degravados ao longo do tempo, que a medida era imprescindível para se chegar a uma conclusão sobre o sentido das conversas mantidas pelo paciente, quase sempre fazendo referências a manipulação de balanços, relacionamentos com autoridades etc."*

Ademais, mesmo que houvesse qualquer irregularidade na colheita dessa prova - o que se admite apenas para argumentar - tal não desmente, todavia, os descabros das conversações do Paciente, que podem ser verificadas às fls. 114/122 dos autos, e das cópias da denúncia que encaminhei aos meus pares, para evitar o constrangimento de ter que escrever e ler tantos impropérios.

Se é certo que o direito à intimidade - que se diz violado pela ultrapassagem do tempo para a escuta telefônica - deva ser preservado, não se pode olvidar, todavia, que os direitos relacionados no artigo 5º, da Constituição do Brasil, têm uma hierarquia, decorrente da enunciação do seu *caput*: a vida, a liberdade, a segurança, a propriedade. Estes, os direitos mais relevantes, obedecem a uma ordem decrescente de importância. Nos incisos do art. 5º são garantidos outros direitos, dentre eles o da intimidade, também relevantíssimos, mas que cedem ante aqueles - os enunciados no *caput*.

Portanto, considerando os valores mais relevantes - a vida de crianças ceifadas pela fome, por doenças relacionadas à ausência de saneamento básico; a igualdade de todos, igualdade apenas formal, porque neste mundo globalizado e neoliberal não há lugar para os jovens afastados das escolas, e daquelas crianças de rua, às quais são negados todos os direitos que a infância exige; a segurança, ausente neste Brasil violento, onde as pessoas para se protegerem têm que viver encarceradas atrás de grades - não me parece ofensivo ao direito



à intimidade a ultrapassagem do prazo da escuta telefônica de quem responde a um processo por fatos tão graves, com indícios tão veementes de autoria, em considerando, ainda, a magnitude do valor desfalcado do patrimônio público, numerário esse que, se usado adequadamente, poderia minorar o sofrimento de todos aqueles que têm os seus direitos fundamentais, enunciados no *caput* do art. 5º, a todo o minuto violados.

Se a dívida social de todos nós, que permitimos a crueldade feita a nossas crianças de rua, é grande, incalculável é a dívida social daqueles que, encarregados do bem público, permitem que outrem o dilapidem, percebendo ou não vantagem com isso, a exigir uma reparação.


Não entendi a decisão do M.M. juiz impetrado como sendo uma resposta à mídia, conforme sugerido pela defesa. Foi, sim, a meu sentir, uma decisão justa, jurídica e eticamente correta. Esta minha decisão também não foi influenciada pela mídia. Precatei-me de impedir que tal acontecesse. Esta decisão foi influenciada pelos elementos constantes dos autos.

É verdade que me utilizo de razões metajurídicas. Consciente estou de que, se razões metajurídicas não são, por si sós, válidas para sustentar a custódia preventiva, servem todavia de suporte à circunstância jurídica "garantia da ordem pública". A razão? Dentre outras, pelo fato de que o povo está se cansando com tanto descalabro. E o cansaço não é um bom conselheiro!

É preciso que o Poder Judiciário se precate para não permitir que o processo seja usado para acobertar o crime, sob pena de convivência com ele. O Direito foi feito para proteger os cidadãos e não para garantir a impunidade.

Isto posto, **DENEGO A ORDEM.**

É como voto.

  
**MARIA HELENA**  
Juíza do TRF-2ª Região