

Nelio Machado, *Advogados*

Nelio Roberto Seidl Machado
Mauro Coelho Tsé
Fernando da Veiga Guimarães
Sérgio Guimarães Riera
João Francisco Neto
Francisco de Assis Leite Campos
Nadine Neves do Nascimento

Cristiano Avila Maronna
Marco Antonio Sobral Stein
Carlos Alberto Pires Mendes
Maria Cristina Pires Mendes
Waldinei Guerino Junior
Eduardo Samoel Fonseca
Marcela Venturini Diorio

Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça

Os advogados **Nélio Roberto Seidl Machado** e **João Francisco Neto**, inscritos na OAB/RJ sob os n.ºs. 23.532 e 147.291, respectivamente, com arrimo no artigo 5º, incisos III, LVII, LXVIII e LXXVIII da Constituição da República e nos artigos 647 e 648 do Código de Processo Penal, vêm respeitosamente a Vossa Excelência impetrar

**ORDEM DE HABEAS-CORPUS,
COM PEDIDO DE LIMINAR,
(Preventa a Quinta Turma,
em razão da impetração do HC n.º 95.000/SP)**

em favor de **José Carlos Batelli Corrêa**, **Luiz Ildelfonso Simões Lopes** e **Marcio Roberto Resende Biase**, os quais se encontram submetidos a constrangimento ilegal, atribuível à 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (*habeas corpus* n.º 2007.0300.061617-9) – apontada, desde já, como autoridade coatora, para os devidos fins –, na forma como passam a expor:

www.nmsm.adv.br

SÃO PAULO
Alameda Santos, 787, cj. 42
Tel./Fax: (11) 3141-1027
CEP 01419-001

RIO DE JANEIRO
Avenida Rio Branco, 131, 14º andar
Tel./Fax: (21) 2210-1377
CEP 20040-006

BRASÍLIA
SAUS Quadra 1, Lote 02, Bloco N, cj. 1312
Tel./Fax: (61) 3321-1929
CEP 70070-010

PREÂMBULO NECESSÁRIO

É de todo injustificável a ação penal promovida contra os Pacientes, pois não cometeram nenhum delito, sendo a peça acusatória uma espécie de emaranhado do vazio, limitando-se, em última análise, a atribuir José Carlos Batelli Corrêa, Marcio Roberto Resende Biase e Luiz Ildefonso Simões Lopes responsabilidade objetiva.

Em tais condições, é impositiva a concessão da ordem, não se justificando a demanda penal que fracassou em seu intento, desde a primeira hora, pois não logrou alcançar o espetáculo que se pretendia exhibir, até mesmo em face da rejeição da vestibular em relação à família Maluf.

A rigor, a **peça acusatória é de todo imprestável, lastreando-se em mero opinamento de determinado escritório de advocacia, o qual formula conjecturas**, sobre aplicações financeiras da FUNCEF entre os anos de 1995 a 1998, avaliando, a partir daí, citada administração, o que, por si só, longe está de legitimar a propositura de uma ação penal.

De resto, os Pacientes, integrantes do Grupo Brascan, só atuaram, efetivamente, como intermediários do comitente, FUNCEF, durante o ano de 1998, ponto que se assinala para dimensionar a ínfima ligação destes com o citado Fundo de Pensão.

O mais grave é que as contrapartes tidas como beneficiárias das operações não figuram no pólo passivo da relação processual penal, sem falar na rejeição da peça vestibular, quanto à família Maluf, de resto, a única contraparte eleita pelo órgão de acusação em sua exordial, inteiramente incompatível com as exigências do artigo 41 do Código de Processo Penal e, também, com as garantias da Constituição, sob os reclamos do contraditório e da ampla defesa, princípios fundamentais para a validade de qualquer ação penal.

Os fatos são distantes no tempo, não sendo plausível a manutenção de uma ação penal, formalizada mercê de inepta denúncia, absolutamente destituída de justa causa, daí a impetração deste remédio heróico, única forma de fazer cessar, com brevidade, o constrangimento que já se estende por mais de dois lustros, em desfavor dos Pacientes, cujas vidas se levantam como anteparo às insinuações cavilosas constantes do libelo, repleto de ilações, o que não placita o desconforto de uma ação penal.

Logo a seguir, em tópicos, versando os temas que devem ser enfrentados no presente *writ*, **a impetração irá destacar as eivas, as anomalias, as imprecisões e as vacuidades que se extraem do caso concreto, exemplo vivo de como não se deva processar quem quer que seja,** situação mais gritante e assustadora na perspectiva da posição pessoal, individual de cada qual e cada um dos ora Pacientes.

**O EXAME DO PRESENTE HABEAS-CORPUS NÃO
DEMANDA EXAME DE PROVAS. A CORTE JÁ CONHECE,
INCLUSIVE, OS FUNDAMENTOS DA IMPETRAÇÃO,
EM RAZÃO DO HC 95.000/SP**

Cumpre dizer, antes de tudo, que o caso em análise já é de conhecimento da Corte, em razão da impetração do *habeas-corpus* n.º 95.000/SP, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, em que a **ordem foi parcialmente concedida, determinando-se a realização de novo julgamento perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, uma vez que os impetrantes não haviam sido intimados da data da sessão. O acórdão restou assim ementado, no ponto de interesse:

“(…) 3. **Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida para anular o julgamento proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos autos do HC 2007.03.00.061617-9, a fim de que outro seja realizado mediante prévia intimação do impetrante da data da sessão de julgamento, ficando prejudicadas as demais questões sustentadas na peça inicial.**”
(HC 95.000/SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – DJE 21.06.2010 – grifamos – documento 1)

Determinou-se, assim, a realização de novo julgamento perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sendo certo que a 1ª Turma, ao tomar conhecimento da decisão prolatada por esta Egrégia Corte, renovou o julgamento do *writ*, tal como determinado, repetindo, sem maior exame ou

mínima ponderação, a decisão proferida anteriormente, em acórdão idêntico, cuja ementa ora se transcreve:

“HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA AFASTADA. ORDEM DENEGADA.

1. Inépcia da denúncia afastada. A exordial acusatória contém a exposição clara e objetiva dos fatos alegadamente delituosos, o que possibilita aos pacientes o exercício pleno do direito à ampla defesa.
2. A afirmação de que os pacientes só executavam ordens, é questão que demanda a análise de provas, incabível na estreita via do *habeas corpus*.
3. A inocência dos pacientes poderá ser avaliada após o curso da instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.
4. Ordem denegada.”

(TRF-3 – HC n.º 2007.03.00.061617-9/SP – Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar – DJE 23/07/2010 – documento 2)

Em que pese os argumentos lançados pela autoridade coatora, o certo é que **a simples análise dos documentos acostados ao writ é mais do que suficiente para a constatação inequívoca de que os Pacientes não cometeram crime algum**, daí a ululante falta de justa causa para a ação penal.

Os impetrantes não desconhecem que a via estreita do *habeas corpus* impede a análise de provas. Afirmam e assentam, desde já, ser desnecessário, na espécie, tal proceder, para efeito de conhecimento e concessão do *writ*, sendo possível averiguar, *icto oculi*, sem qualquer esforço – como se verá adiante –, a imprestabilidade da denúncia, inexistindo qualquer supedâneo fático ou jurídico que a ampare.

BREVE SÍNTESE DA ACUSAÇÃO.
IMPRESTABILIDADE DA DENÚNCIA. INÉPCIA.
FALTA DE JUSTA CAUSA.

Os Pacientes foram denunciados perante o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, porque teriam, na qualidade de Diretores da "Brascan S/A Corretora de Títulos e Valores" e representantes da FUNCEF, intermediado operações na BM&F, por ordem dos administradores do referido Fundo de Pensão, nos pregões dos dias 05.11, 12.11, 17.11, 25.11 e 03.12 de 1998, causando **suposto prejuízo** à Fundação dos Economiários Federais no valor de R\$3.449.850,00 (três milhões, quatrocentos e quarenta e nove mil e oitocentos e cinquenta reais).

Nada mais inexato.

Veja-se, de pronto, que só três meses de aplicações financeiras da FUNCEF foram pinçadas arbitrariamente pelo MPF, de forma descontextualizada, deixando-se de lado, pasme-se, três anos de operações do referido Fundo de Pensão.

A denúncia, tal como posta, revela-se onírica e delirante, longe de representar uma peça exordial apta a justificar persecução penal.

Anote-se, de pronto: **os Pacientes não foram indiciados no inquérito administrativo instaurado, sobre os mesmos fatos objeto da ação penal,**

perante a Comissão de Valores Mobiliários, que centrou sua valoração crítica na gestão da BM&F e não dos Pacientes ou de outros corretores (doc. 5).

Ora, se no âmbito específico da “polícia do mercado” não se afirmou, a qualquer tempo, a perpetração de qualquer ilícito mesmo na seara administrativa, o que dizer no âmbito penal? O processo, tal como proposto, destina-se, em realidade, ao nada, ao vazio diante de increpação oca e apressada, desarrazoada e desfundamentada.

Independentemente da absoluta inépcia da denúncia e da inquestionável falta de justa causa para a ação penal, vale repetir, *ad nauseam*, que o inquérito levado a cabo pela CVM não atribuiu responsabilidade à Brascan, limitando-se a identificar algumas anomalias no comportamento da FUNCEF, de cuja administração jamais participaram os Pacientes.

A única referência que se colhe do já revelho apuratório feito pelo órgão que policia o mercado, resulta de breve e leve menção ao depoimento do segundo Paciente, o qual, como já salientado, limitou-se à assinatura do contrato e explicou, no ponto de interesse, o que sabia sobre o acordo celebrado com a FUNCEF:

“que é responsável por toda parte estratégica da Corretora, sendo também responsável pela área de mercado de capitais, tanto da Corretora quanto do Banco; não atua no dia-a-dia na mesa de operações da Brascan Futuros; (...) quanto aos controles internos

da Corretora, no que tange ao processamento das operações no mercado de índice futuro, o depoente não conhece quem tenha igual ou melhor no mercado, são baseados em procedimentos de auditoria interna, *compliance* e ainda auditoria de qualidade através da ABS Quality Evaluations de Houston Texas, que os audita, semestralmente”.

(documento 5 anexado à impetração)

Como será adiante destacado, tal paciente, Luiz Ildelfonso Simões Lopes, não tinha qualquer atribuição direta nas aplicações determinadas pela FUNCEF, o que, por si só, na forma do contrato e práticas de mercado, evidencia o despropósito da demanda penal.

Diga-se, mais uma vez, que **a CVM apurou aplicações da FUNCEF de 1995 a 1998, sendo que a BRASCAN atuou tão somente no último ano, vale dizer, em 1998, não se identificando, rigorosamente, nenhuma perda para a citada FUNCEF, sobretudo diante da atuação legítima, regular e na forma do contrato celebrado entre as indigitadas partes.**

Como se verá, **as cinco operações intermediadas pela Brascan, que são objeto da denúncia, resultaram em lucro para a Fundação dos Economiários Federais, sendo comprovadamente inverídica a alegação de prejuízo, que não ocorreu (doc. 8).**

Mesmo que tivesse havido algum prejuízo, pelas vicissitudes do mercado, ou por decisão exclusiva da comitente FUNCEF, em suas

aplicações financeiras, nenhuma consequência poderia advir, sobretudo no plano jurídico-penal, para qualquer dos Pacientes.

No entanto, **foram eles ilegal e abusivamente denunciados**, imputando-se-lhes suposta prática dos crimes previstos nos artigos 4º, 6º e 7º da Lei 7.492/86. Violou-se, a mais não poder, o dogma da tipicidade.

A verdade é que a inclusão dos diretores da BRASCAN no pólo passivo da ação penal decorreu de utilização de **responsabilidade penal objetiva**, o que é inadmissível e merece repúdio dos Tribunais, na via do *habeas corpus*.

A DENÚNCIA LIDA E RELIDA: O QUE É POSSÍVEL EXTRAIR-SE DA NARRATIVA ACUSATORIA?

Nada, rigorosamente **nada**, além de inescondível criação mental dos ilustres representantes do Ministério Público Federal.

A denúncia (doc. 3) afirma que a imaginária fraude teria sido realizada com participação de **três núcleos distintos de denunciados**, a saber: (i) os denunciados responsáveis pela FUNCEF e o Presidente da CEF; (ii) os denunciados responsáveis pela BRASCAN e (iii) as contrapartes supostamente beneficiadas - que sequer foram indicadas na peça acusatória.

Nesse contexto, a responsabilidade penal pelos fatos narrados foi assim distribuída:

(i) os responsáveis pela FUNCEF teriam gerido fraudulentamente o Fundo de Pensão, ao ordenarem a realização de operações que causaram prejuízos de R\$3.449.850,00.

(ii) os ora Pacientes, na qualidade de Diretores da Brascan e representantes da FUNCEF em cinco pregões na BM&F, teriam executado as operações, causando prejuízo à FUNCEF e lucro às contrapartes, que eram representadas por apenas quatro corretoras (SAFIC, BONUS, SAO PAULO e DC).

(iii) Os denunciados integrantes do terceiro grupo (11º e 12º) seriam uma das contrapartes beneficiadas, no montante de R\$326.730,00, em operações realizadas por intermédio do 13º denunciado, representante da corretora SAO PAULO.

Observe-se que **o magistrado de primeiro grau rejeitou a denúncia na parte em que toca ao terceiro grupo de denunciados** (doc. 4), **de modo que a situação que se apresenta, atualmente, é absurda, pois as únicas contrapartes identificadas pelo *Parquet*, supostamente beneficiárias das operações incriminadas, foram excluídas da ação penal**, situação a evidenciar o despropósito do processo que ora se combate.

Ora, os pretensos empresários que teriam lucrado foram afastados da ação penal, enquanto a corretora Brascan, por ter cumprindo ordens legais

e das quais não poderia dissentir, **teve três diretores denunciados, indevida, ilegal e abusivamente.**

A situação é para lá de esdrúxula: os diretores da FUNCEF, segundo a denúncia, teriam ordenado à corretora Brascan a execução de operações de alto risco, em prejuízo do Fundo de Pensão, para beneficiar terceiros, denominados “contrapartes”, que **sequer foram identificados e trazidos às rascas do processo**, em manifesta **violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal**.

Dito isto, voltando ao caso específico dos Pacientes, é de se notar que a **denúncia faz referencia à Brascan, pessoa jurídica, omitindo-se quanto aos diretores denunciados, como seria de mister.** Além disso, como se verá, a **acusação é a moldura do absurdo, em quadro dantesco**, pois as operações incriminadas na denúncia geraram lucro à FUNCEF, não havendo que se falar em qualquer ilícito penal, atribuível aos destinatários do presente remédio heróico.

**O ARGUMENTO QUE LASTREIA E DÁ SUPEDÂNEO À ACUSAÇÃO
É COMPROVADAMENTE INVERÍDICO.
AS CINCO OPERACOES DESCRITAS NA DENÚNCIA GERARAM
LUCRO DE R\$4.335.300 PARA A FUNCEF.**

Diz a denúncia, como já salientado, que “*a BRASCAN realizou propositalmente inúmeras operações de risco (altos investimentos com previsão de retorno ínfimo) as quais causaram um prejuízo de R\$3.449.850,00 à FUNCEF*”.

Os documentos acostados à impetração demonstram que tal afirmação não é verdadeira!

Na verdade, as operações intermediadas pela BRASCAN na BM&F, no período de setembro a dezembro de 1998, alcançaram resultado positivo de R\$4.335.300,00 (quatro milhões, trezentos e trinta e cinco mil e trezentos reais), isto é, os ajustes positivos foram superiores aos negativos, como é de praxe para aferição de resultados neste mercado (doc. 8).

Ao longo do ano de 1998, a Brascan intermediou 9 (nove) operações de compra e venda de contratos do índice IBOVESPA realizadas pela FUNCEF junto à BM&F, com 3 (três) datas de vencimento específicas, a saber, 18/02/1998, 16/03/1998 e 03/12/1998, valendo destacar, no ponto, que a denúncia abrange apenas as operações realizadas a partir de setembro, com vencimento em dezembro, excluindo-se da denúncia outras corretoras, sem que saiba o motivo do critério da seleção, de resto, abusiva, ilegal e arbitrária.

Para compreender a dinâmica de tais operações, realizadas é indispensável entender o significado de determinados termos do mercado financeiro, como “mercado futuro” e “ajuste diário”, pois, ao que parece, o *Parquet* não os compreendeu, na medida em que enxergou prejuízo em operações que deram lucro. Daí o abuso da exordial e a ilegalidade da *persecutio criminis*.

Acosta-se, para tanto, ao presente *habeas corpus*, cartilha elaborada pela Bolsa de Mercadorias & Futuros, de onde se extrai, no ponto de interesse, para

melhor compreensão dos termos técnicos narrados na denúncia, as definições de “mercado futuro” e “ajustes diários” (docs. 9 e 10). Confira-se:

“Definição de mercado futuro

“Tal como no contrato a termo, você se compromete a comprar ou a vender certa quantidade de um bem (mercadoria ou ativo financeiro) por um preço estipulado para liquidação em data futura. A principal diferença é que, no mercado a termo, os compromissos são liquidados integralmente nas datas de vencimento; **no mercado futuro, esses compromissos são ajustados financeiramente às expectativas do mercado acerca do preço futuro daquele bem, por meio do procedimento de ajuste diário (que apura perdas e ganhos).”**

“O que é ajuste diário

Ajuste diário é o mecanismo de equalização de todas as posições no mercado futuro, com base no preço de compensação do dia, resultando na movimentação diária de débitos e créditos nas contas dos clientes, de acordo com a variação negativa ou positiva no valor das posições por eles mantidas.

Assim, os participantes recebem seus lucros e pagam seus prejuízos de modo que o risco assumido pela câmara de compensação das bolsas se dilua diariamente até o vencimento do contrato.

O ajuste diário é uma das grandes diferenças entre o mercado futuro e a termo. Neste, há um único ajuste na data de vencimento, de maneira que se acumula toda a perda para o último dia. **Logo, o risco de não cumprimento do contrato é muito maior do que nos mercados futuros, em que os prejuízos são acertados diariamente. O mecanismo de ajuste diário será mais bem ilustrado adiante, com exemplos de operações no mercado futuro.”**

É de fundamental importância a compreensão de tais conceitos, pois o suposto prejuízo mencionado na denúncia, de R\$3.449.850,00, não reflete o “resultado” das operações realizadas no período, mas somente os “ajustes negativos”.

Repita-se: o órgão de acusação desconsiderou por completo os “ajustes positivos”. Daí resultando o prejuízo estampado na denúncia, que jamais ocorreu.

Aplicando-se os “ajustes positivos” – estranhamente excluídos dos cálculos realizados – os valores são inteiramente diversos, muito ao contrário do que foi dito, de forma pressurosa e precipitada pelo órgão acusatório, **como comprovam os documentos acostados à impetração, sem qualquer necessidade de análise de prova controvertida.**

Considerando-se o “ajuste diário de perdas e ganhos”, a conclusão inescusável a que se chega é no sentido de que **as ordens de compra e venda de Índice Futuro, intermediadas pela Brascan, no período abrangido pela denúncia, de setembro a dezembro de 1998, geraram lucro de R\$4.335.300,00** (quatro milhões trezentos e trinta e cinco mil e trezentos reais).

Tudo isto está demonstrado cabalmente no documento denominado “Histórico de Movimentos” emitido pela própria Bolsa de Mercadorias & Futuros, acostado ao *writ* (doc. 8).

Destaque-se, também, que o **Relatório 004/99**, elaborado pela CVM, que embasou a denúncia, é claro ao dizer que **a análise das operações intermediadas pela BRASCAN por ordem da FUNCEF**, entre os meses de setembro a dezembro de 1998, **limitaram-se aos dias em que os ajustes diários foram negativos**. Leia-se:

“2.2. Análise das operações

Como metodologia dividiremos a análise das operações em três seguimentos distintos:

- . **totalidade das operações da Funcef com ajustes diários negativos**
- . **totalidade das operações das contrapartes com ajustes diários positivos**
- . **operações das contrapartes, que transferiram parte ou totalidade do ajuste diário através de operações sincronizadas – horários e valores próximos”**

(doc. 7 – grifamos)

É indispensável notar, para que se compreenda o absurdo que é a inclusão dos Pacientes no pólo passivo da ação penal, que **a tabela dos ajustes diários, acostada pela CVM em anexo ao relatório (doc. 7), exibe apenas as operações com resultados negativos, omitindo, com espaços em branco, o que é inadmissível, os dias em que os ajustes diários foram positivos.**

Tal documento é inexato e infiel, embora tenha servido de amparo à denúncia.

O documento oficial de tais movimentações financeiras (doc. 8), emitido pela BM&F, é fiel aos ajustes diários positivos e negativos apurados no período de 1998, constatado-se lucro de R\$4.335.300,00 (quatro milhões trezentos e trinta e cinco mil e trezentos reais), alcançados entre os meses de setembro a dezembro daquele ano.

Na espécie, não se trata de exame de prova, e sim, ao revés, de simples constatação de assertivas, que constituem a expressão da verdade dos fatos e não o sofisma acusatório em que se respalda a denúncia, concebida mercê de enganosas e falaciosas premissas.

Veja-se, a propósito, precedente do Supremo Tribunal Federal, onde a Corte reconhece a pertinência do remédio heróico para efeito de trancamento de ação penal por falta de justa causa. Confira-se:

“Habeas-Corpus. Falta de justa causa para a condenação: caso de cabimento e procedência. No procedimento sumário e documental do habeas-corpus (...) é lícito verificar - quando a verificação não reclama o deslinde de controvérsias sobre provas de significação equívoca -, a inexistência material de prova necessária a construção do suposto de fato da decisão coatora.”

(HC 71161/RJ – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 12.05.95)

No precedente trazido à colação, cumpre esclarecer, em abono do cabimento do *writ*, que o paciente, antes da concessão do *mandamus*, fora

condenado em primeiro grau e pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, o que não impediu o exame do citado *habeas corpus*.

Com efeito, é **incontroverso que as operações descritas na peça de acusação geraram lucro à FUNCEF**, caindo por terra a pretensão punitiva, que é absolutamente despropositada, desarrazoada, abusiva e ilegal.

Tal constatação não é vedada, em absoluto, em sede de *habeas corpus*.

**RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA.
DESCABIMENTO. DOS TRÊS PACIENTES, APENAS UM DELES
TEM RELAÇÃO PRÓXIMA COM A EXECUÇÃO DAS ORDENS DE
APLICAÇÃO DETERMINADAS PELA FUNCEF, CLIENTE DA
BRASCAN À ÉPOCA DOS FATOS. MESMO ASSIM, O IMPLEMENTO
DA DETERMINAÇÃO DO COMITENTE NÃO ERA FEITO
PESSOALMENTE POR ESTE E SIM PELOS OPERADORES DE
MESA, EXCLUÍDOS DA DENÚNCIA, OS QUAIS TAMBÉM
NÃO PODERIAM DISSENTIR DA SOLICITAÇÃO
FEITA PELO CLIENTE.**

A simples leitura da denúncia revela, de forma clara e incontestada, que **os Pacientes foram incluídos no pólo passivo da ação penal, apenas porque exerciam, à época dos fatos, funções de direção na corretora BRASCAN.** Só isto e nada mais!

Perceba-se que, a todo o momento, a denúncia faz uso das seguintes expressões:

"a corretora BRASCAN atuou como representante da FUNCEF em cinco pregões";

"as compras e vendas de índice futuro realizadas pela BRASCAN"

"a BRASCAN realizou propositalmente inúmeras operações de risco".

Como se vê, o sujeito de tais orações é sempre **"a corretora BRASCAN"** ou **"a BRASCAN"**, jamais a pessoa dos Pacientes, sendo indisfarçável o emprego de **responsabilidade penal objetiva**, uma vez que **as condutas são atribuídas à pessoa jurídica**, e não aos réus, individualmente considerados, conforme determina, taxativamente, o artigo 41 do Código de Processo Penal, verdadeiro desdobramento das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal.

Em realidade, é de se supor que o crime praticado pelos Pacientes **teria sido o de integrar cargos de direção na instituição financeira "Brascan S/A Corretora de Títulos e Valores"**, inexistindo qualquer base empírica a justificar a propositura da ação penal contra Luis Ildefonso Simões Lopes, Jose Carlos Batelli Correa e Marcio Roberto Resende Biase, que **não praticaram qualquer ilícito**.

No ponto, vale lembrar que a “Brascan S/A Corretora de Títulos e Valores” e a “Brascan Futuros Ltda.” são empresas integrantes do conglomerado Brascan, fundado há mais de 100 anos, instituição que ostenta, há muito, **elevado grau de credibilidade** no mercado de capitais.

Todas as empresas do grupo estão sujeitas a severos controles internos e externos de procedimento e de qualidade, sujeitas a periódicas auditorias. São **detentoras**, inclusive, do **Certificado ISO 9002** (doc. 14), além de outras atestações de seu nível de excelência nos mais elevados padrões administrativos, no plano nacional e internacional.

Importante acentuar que a denúncia confunde duas empresas distintas: a “Brascan S/A Corretora de Títulos e Valores” e a “Brascan Futuros Ltda.”, o que fere de morte sua serventia para justificar uma demanda penal.

A empresa que intermediou as operações descritas na denúncia perante a BM&F foi a “Brascan Futuros Ltda.”, da qual o primeiro Paciente nunca fez parte, a qualquer título.

José Carlos Batelli Corrêa, o primeiro Paciente, exercia, à época dos fatos, **atividade completamente estranha às operações constantes da denúncia**, sendo Diretor da “Brascan Corretora de Títulos e Valores”, responsável somente por operações realizadas junto à Bolsa de Valores, dentre as quais não se incluem as implementadas na BM&F (doc. 16).

Claro está, por conseguinte, que o **referido Paciente nada tem a ver com as operações executadas perante a BM&F, uma vez que esta não era sua área de atuação.** A inclusão de seu nome na denúncia decorre, única e exclusivamente, do fato de ter ele assinado contrato de prestação de serviços com a FUNCEF, no ano de 1996, dois anos antes de as operações narradas na denúncia serem executadas.

O fato é atípico à toda evidência.

Já o paciente **Luiz Ildefonso Simões Lopes**, à época dos fatos, era **Diretor e Vice-Presidente do Banco Brascan e da Brascan Futuros Ltda.**, sendo sua responsabilidade restrita à definição de estratégias das empresas do grupo, **não tendo nenhuma relação direta com as operações descritas na denúncia** (doc. 16).

Estes dois Pacientes, José Carlos Batelli e Luiz Ildefonso Simões Lopes, como vem de ser sublinhado, não tinham relação direta ou indireta com as operações incriminadas, sendo mais do que abusiva e arbitrária a inclusão de ambos no pólo passivo da ação penal.

O único paciente que, em tese, poderia ser responsável por eventual conduta defesa em lei, seria **Márcio Roberto Resende de Biase**, pois era ele Diretor de Operações de Mesa da “Brascan Futuros Ltda.” à época dos fatos. **Entretanto, existiam diversos operadores de mesa que lidavam diretamente com as operações, os quais foram excluídos da denúncia,**

preferindo o órgão de acusação eleger o Diretor do Setor, ora Paciente, em manifesto e odioso emprego de responsabilidade penal objetiva, adotando, o *Parquet*, critério seletivo, impróprio, abusivo e ilegal.

Instado a se manifestar em sede policial (doc. 16), Márcio Roberto Resende de Biase esclareceu que "*era apenas um cumpridor de ordens*" e indagado porquê a contraparte tivera lucro em detrimento da FUNCEF informou, de igual modo, "*que não sabia quem era a contraparte*" e que não tinha qualquer ligação com as corretoras "SAFIC, BONUS, DC e SAO PAULO" – as quais, de resto, não têm qualquer representante no pólo passivo do processo. **De resto, só a BM&F seria capaz de identificar todos os partícipes das operações nela efetivadas e concretizadas.**

Veja-se, ainda, que o operador de mesa da BRASCAN Laustos do Couto Pires, diretamente relacionado à execução das ordens emanadas pela FUNCEF, esclareceu em sede policial que "*a FUNCEF auferiu lucro e como operador de mesa não tinha a menor idéia de quais eram as contra partes*" (fl. 899 – doc. 17).

A denúncia, tal como apresentada, mais se aproxima de uma **peça de ficção**, sem qualquer embasamento fático ou jurídico, sendo inaceitável a postura do magistrado *a quo*, que recebeu a peça acusatória, à míngua de fundamentação adequada, limitando-se a dizer que "*as irregularidades apontadas na exordial estão, em princípio, evidenciadas pelo Relatório de Análise elaborado pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como pelo escritório de advocacia BOCATER, CAMARGO, COSTA e SILVA*", cujo opinamento **deserve para embasar esta ação penal.**

De resto, o parecer da indigitada banca de advocacia (doc. 6) trata de operações realizadas por diversas corretoras entre 1995 e 1998, **período sequer abrangido pela denúncia**, afirmando-se que “*no tocante à possível responsabilização da sociedade corretora e/ou de seus operadores, tratada no item 6.13 desse trabalho, e que, como já referido, dependeria de investigação da Comissão de Valores Mobiliários*”, a qual, por sua vez, **não imputou, objetiva e concretamente, ao fim e ao cabo, à Brascan e seus Diretores, ora Pacientes, qualquer responsabilidade.**

Já o Relatório de Análise da CVM, como salientado, limitou-se a apurar as operações realizadas pela FUNCEF cujos ajustes diários foram negativos, sendo tal documento infiel aos verdadeiros resultados alcançados. Tais circunstâncias, passados tantos anos, traduzem, indubitavelmente, a impropriedade da ação penal intentada, cuja cessação é medida que se impõe, em respeito aos princípios reitores do Direito Penal da culpa.

**A INÉPCIA DA DENÚNCIA:
NÃO HÁ INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUITAS, APENAS
MENÇÃO AOS TIPOS PENAI SUPOSTAMENTE VIOLADOS**

a) A imputação de gestão fraudulenta:

A denúncia diz que “*os responsáveis pela FUNCEF, juntamente com o Presidente da Caixa Econômica Federal, geriram fraudulentamente esta fundação, visto que as operações*

realizadas perante a BM&F acarretaram prejuízos à FUNCEF no valor de R\$3.449.850,00", imputando-se, ao final, a suposta prática do crime de gestão fraudulenta aos Pacientes, indistintamente.

Ocorre que **os ora Pacientes**, diretores da BRASCAN, **não tinham qualquer ingerência sobre a administração da FUNCEF**, não podendo, assim, sob qualquer ângulo ou pretexto, responder por atos de gestão referentes àquela Instituição.

O tipo penal atribuído na peça vestibular é inteiramente inadequado, pois **os Pacientes, mesmo que quisessem, jamais poderiam gerir fraudulentamente Instituição que não dirigiam.**

Na realidade, não tinham qualquer ingerência nem possuíam qualquer controle sobre as políticas de investimento e as ordens de operações emanadas dos diretores da FUNCEF.

Remarque-se, ainda, que a **BRASCAN e a FUNCEF são pessoas jurídicas autônomas e independentes entre si, sendo a prestação de serviços o único vínculo que possuíam, conforme se observa na cláusula contratual extraída do pacto celebrado entre ambas as partes (doc. 12):**

“CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

“1 Constitui objeto do presente contrato a prestação de serviços de intermediação de operações nos mercados

disponíveis, a termo, futuro, futuro de índices, de opções, de mercadorias e ativos financeiros que a CONTRATADA realizará nas Bolsas de Valores e Bolsas de Mercadorias & Futuro do Rio de Janeiro e de São Paulo”.

(doc. anexo)

Assim, não há que se falar em prática do crime descrito no artigo 4º da Lei 7.492/86, pois **os Pacientes não praticaram qualquer ato de gestão**: a Brascan apenas intermediava as operações perante a BM&F, sendo certo que **a "Brascan", pessoa jurídica, não se confunde com seus diretores**, individualmente considerados, para efeito de responsabilidade penal.

Deveria o órgão acusatório, no mínimo, à luz dos mandamentos legais, descrever a participação de cada um dos Pacientes na suposta empreitada criminosa, o que nem de longe ocorreu, ao arrepio do que determina o artigo 41 do Código de Processo Penal.

A tarefa de gerir o patrimônio da FUNCEF competia única e exclusivamente aos administradores do Fundo de Pensão, dentre os quais não se incluem os Pacientes (doc. 15).

Por tais motivos, sendo fantasiosa a atuação dos Pacientes na administração da FUNCEF, **roga-se ao Egrégio Tribunal**, desde já, **seja trancada a ação penal, no que concerne ao crime de gestão fraudulenta, quer pela falta de justa causa para o processamento do feito, quer pela manifesta inépcia da denúncia**, que não descreve a participação de cada um

dos Pacientes, como seria de mister, incluindo-os no pólo passivo da *persecutio* apenas porque exerciam cargos de Direção no conglomerado Brascan, à época dos fatos.

b) a imputação de violação ao artigo 6º da Lei 7492/86:

Diz o referido tipo penal: "*Art. 6º Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonogando-lhe informação ou prestando-a falsamente*".

Não se enxerga no texto da exordial acusatória, a atribuição de conduta, devidamente delimitada, a cada um dos Pacientes, a demonstrar tivessem eles induzido ou mantido em erro, "*sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonogando-lhe informação ou prestando-a falsamente*".

O órgão de acusação não esclarece quais informações teriam sido sonogadas ou prestadas falsamente. Também não esclarece quem teria sido induzido em erro: sócio, investidor ou repartição pública competente.

Primeira indagação: quais são as informações referidas na denúncia?

Segunda indagação: quem foi induzido em erro: sócio, investidor ou repartição pública?

Terceira indagação: qual o modo de agir de cada um dos Pacientes?

A denúncia não responde a tais questionamentos, que são essenciais e de fundamental importância ao exercício da ampla defesa, pois sem o liame e o ajuste dos fatos concretos aos elementos do tipo penal, impossível será o exercício do contraditório, tudo a demonstrar o constrangimento ilegal sofrido pelos Pacientes.

Veja-se, a propósito, decisão emanada do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na linha do quanto se alega:

"Habeas-Corpus - Crime contra o sistema financeiro nacional - Operações casadas - Art. 6, da Lei 7.492/86 - Ordem concedida.

I - O tipo do art. 6 da Lei 7.492/86 aperfeiçoa-se com as condutas de 'induzir ou manter em erro' e 'sonegar informação' ou 'prestá-la falsamente'. Ausentes tais elementos não se configura o tipo penal violado'.

II - Ausência de justa causa para a ação penal movida contra o Paciente.

III - Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal''.

(TRF-3 - HC 6153-SP - 2 Turma - Rel. Juiz Célio Benevides - j. 16/09/1997)

Assim como no precedente, estão ausentes, no caso concreto, "*as condutas de 'induzir ou manter em erro' e 'sonegar informação' ou 'prestá-la falsamente'*", impondo-se, tal como no paradigma, a concessão da ordem de *habeas corpus*.

Os Pacientes apenas exerceram cargos de direção nas empresas do conglomerado Brascan, conduta que, apesar de atípica, embasou a indevida inclusão de ambos no pólo passivo da *persecutio. Mirabili Dictu!*

Diante de tais anomalias, que agridem a ordem constitucional, os ora Pacientes figuram, é de estarrecer, como réus em ação penal destituída de justa causa e veiculada por meio de denúncia inepta. Em tais condições, só resta **ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça conceder a ordem de *habeas corpus* ora impetrada, trancando-se o processo, em relação aos Pacientes, no que concerne à imputação do artigo 6º da Lei 7.492/86.**

c) a imputação de violação ao artigo 7º da Lei 7492/86

O tipo penal em comento dispõe:

“Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários:

I - falsos ou falsificados;

II - sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados;

III - sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação;

IV - sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida”

Em primeiro lugar, **as operações com derivativos intermediadas pela BRASCAN passaram a ser considerados como valores mobiliários somente após o ano de 2001**, com a elaboração da Lei 10.303/01 (artigo 2º, incisos VII e VIII).

Ou seja, à época dos fatos, no ano de 1998, **nenhuma das operações intermediadas pela BRASCAN na BM&F se enquadrava na definição de títulos e valores mobiliários.**

Verifica-se, assim, de antemão, que **é abusivo e contrário à Lei cogitar da prática de crime, supostamente ocorrido em 1998, envolvendo a emissão, oferecimento ou negociação de títulos mobiliários, que não eram assim considerados ao tempo dos fatos.**

Portanto, não há que se falar em violação ao artigo 7º da Lei 7.492/86 se, ao tempo dos fatos, os títulos emitidos, oferecidos ou negociados não eram considerados mobiliários.

Além disso, os representantes do *Parquet* signatários da denúncia apenas fazem menção ao tipo penal violado, não se dando sequer ao trabalho de indicar, como curial, em quais das hipóteses previstas nos incisos do artigo 7º da Lei 7.492/86 teriam incorrido os Pacientes.

Inexiste descrição de conduta!

A peça acusatória que embasa a ação penal representa o holocausto da legalidade!

Ora, o tipo penal em estudo prevê quatro hipóteses distintas em seus incisos.

Os títulos mobiliários podem ser (i) falsos ou falsificados; (ii) sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados; (iii) sem lastro ou garantia suficientes; (iv) sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida.

Surge, então, como natural, a seguinte indagação: em qual hipótese estariam incursos os Pacientes? Nas quatro? Em apenas uma? Em uma e em outra?

Não há resposta para tais questionamentos, sendo manifesta a imprestabilidade da denúncia!

Como, então, exercer a defesa, em sua amplitude constitucional?!

E o que é pior: a denúncia não especifica qual conduta está atribuindo aos Pacientes, tampouco descreve qual o comportamento de cada um e cada qual. O que se tem é apenas **menção genérica e vazia** ao tipo penal tido como violado.

Não bastasse a inépcia da peça exordial, falta, igualmente, justa causa para a ação penal, uma vez que os Pacientes jamais negociaram pessoalmente derivativos de índice futuro, limitando-se a BRASCAN a cumprir ordens emanadas pelos diretores da FUNCEF, frente a BM&F, na forma de contrato, assim redigido, no ponto de interesse:

“2.2. Constituem as obrigações da CONTRATADA:

2.2.1. executar as operações de mercado, segundo as ordens recebidas pela CONTRATANTE, que poderão ser transmitidas por carta, telex, *fac smile* ou telefone, conforme especificado na FICHA CADASTRAL anexa, passando a gerar efeitos a partir do recebimento”.

(doc. 12)

Repita-se: a CVM não identificou qualquer ilegalidade na conduta da BRASCAN.

Repita-se, também: cabia à Contratada – Brascan – executar as operações de mercado, segundo as ordens recebidas pela Contratante - FUNCEF.

É natural, assim, frente ao absurdo e ao constrangimento ilegal escancarado, a impetração do presente *habeas corpus*, requerendo-se, como ora se faz, o trancamento da ação penal, no que concerne à imputação do artigo 7º da Lei 7492/86, diante da manifesta imprestabilidade da denúncia e da ausência de justa causa para o processamento do feito.

CONCLUSÃO E PEDIDO

A simples existência da ação penal representa **punição** aos Pacientes, profissionais conceituados no mercado financeiro, que não praticaram qualquer ilícito penal.

A denúncia, como demonstrado exaustivamente, é abusiva e ilegal, pois traz às rascas do processo, homens de bem, que convivem, dia após dia, com o fardo de serem réus em **natimorto processo criminal**, o que, por si só, ofende-lhes a dignidade e a boa fama.

A denúncia é inapropriada, pois os Pacientes estão sendo processados por suposta gestão fraudulenta da FUNCEF, instituição que jamais integraram, a qualquer tempo de suas vidas.

Os outros dois tipos penais suscitados, a saber, artigos 6º e 7º da Lei 7.492/86, também são manifestamente incabíveis, na medida em que a corretora Brascan limitava-se a cumprir, perante a Bolsa de Mercadorias & Futuros, ordens emanadas da FUNCEF, tal como estabelecido em **cláusula contratual taxativa, imperativa e mandamental, de resto, transcrita linhas atrás.**

Enfim, evidenciado o constrangimento ilegal, por tudo quanto exposto, presente o *fumus boni juris*, consistente nas razões de fato e de direito aqui

apresentadas, e demonstrado o *periculum in mora*, consubstanciado no próprio curso natural do processo, roga-se a Vossa Excelência a **IMEDIATA CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR**, para o efeito de sobrestar, no que lhes concerne, o andamento do processo nº 2000.6181.004245-0, em trâmite perante a 6ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, até o julgamento do presente *writ*, em seu merecimento, de modo a garantir que os Pacientes não sejam submetidos aos rigores e constrangimentos de uma ação penal abusiva a partir de denúncia inepta e destituída de qualquer laivo de justa causa.

No mérito, esperam e confiam, **Impetrantes e Pacientes, seja confirmada a liminar requerida e trancada a ação penal**, quer pela imprestabilidade formal da denúncia, quer pela ausência de justa causa, não se justificando, sobre qualquer ângulo ou pretexto, o prosseguimento do feito, que se eterniza, tantos anos já passados, em detrimento de princípios e normas básicas inerentes ao direito constitucional, ao direito processual penal, bem assim ao direito penal, remarcando-se, em tais condições, o artigo 5º da Lei Maior, o artigo 41 da Lei de Ritos e o artigo 1º da Lei Substantiva incriminadora, todos desprezados na espécie.

O deferimento deste *habeas corpus* será ato de lúdima e indispensável Justiça.

Desnecessário lembrar, como Rui já dizia, “justiça tardinha é indifarável injustiça”.

Pela concessão da ordem, sendo certo que mais se dirá em sustentação oral, reiterando-se, por fim, o pedido de liminar, bem assim a devida comunicação, aos impetrantes, por meios próprios e regimentais, da data a ser apazada para julgamento do *writ*.

Rio de Janeiro, 3 de junho de 2011.

Nélio Roberto Seidl Machado
OAB/RJ 23.532

João Francisco Neto
OAB/RJ 147.291