

HABEAS CORPUS Nº 422.122 - SP (2017/0277928-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : LILIANE DE CARVALHO GABRIEL E OUTROS
ADVOGADOS : ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO -
DF004107
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI - SP163657
TICIANO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - DF023870
PEDRO IVO RODRIGUES VELLOSO CORDEIRO -
DF023944
ADVOGADA : LILIANE DE CARVALHO GABRIEL - DF031335
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : JOESLEY MENDONCA BATISTA (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JOESLEY MENDONÇA BATISTA estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, que manteve prisão preventiva nos autos do HC n. 0003774-23.2017.4.03.0000.

Consta dos autos que o paciente – denunciado como incurso nos arts. 27-C e 27-D, da Lei n. 6.386/1976 – teve a prisão preventiva decretada na Medida Cautelar n. 0012131-73.2017.4.03.6181, em trâmite na 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo.

Irresignada, a defesa impetrou o *writ* originário, momento em que o Tribunal de origem, confirmando a decisão que indeferiu a medida liminar e que já havia sido objeto de habeas corpus nesta Corte Superior (HC n. 416.795), manteve a prisão preventiva – por reconhecer a existência de risco à ordem pública, à ordem econômica e à aplicação da lei penal.

Neste *mandamus*, a defesa esclarece que "o Paciente é colaborador da Justiça, tendo firmado acordo com a Procuradoria-Geral da República em 3 de maio de 2017, que se encontra suspenso no presente momento, em decorrência de decisão proferida pelo d. Ministro Edson Fachin, no bojo de ação cautelar decorrente do processo de revisão instaurado na PGR para apurar eventuais omissões no processo de colaboração" (fl. 4), ocasião em que "foi decretada a prisão temporária do Paciente" (fl. 4).

Superior Tribunal de Justiça

Afirma que "o delito de *insider trading* é o objeto da investigação na qual foi decretada a prisão, de forma que sua configuração de fato e apreciação é questão de mérito e não pode fundar medida cautelar, muito menos ser o único elemento para indicar suposta reiteração delitiva, como ocorre nesse caso" (fl. 10). E conclui: "portanto, as alusões a supostos benefícios milionários e à continuidade da prática de crimes somente serão aptas a gerar consequências jurídicas após a instrução penal, que sequer começou" (fl. 10).

Aduz que "os elementos que supostamente apontam a prática ilícita já são de conhecimento do Juízo de primeiro grau *a quo* desde 8 de junho, quando da decretação de medidas de busca e apreensão contra as empresas JBS S.A., J&F Investimentos S.A. e FB Participações S.A" (fl. 10).

A defesa entende que, "se, naquela oportunidade, não se vislumbrou qualquer elemento para preservação da ordem pública que justificasse a prisão, o status do Paciente deveria ser mantido" (fl. 11) e salienta que "não há qualquer fato novo nos autos de *insider trading* que justifique a medida cautelar, a não ser o já citado compartilhamento de celular, que apresenta fatos em apuração em outras instâncias e está maculado pelo desrespeito à prerrogativa de foro, além de sequer ter sido considerado pela decisão coatora objeto deste *writ*" (fl. 11).

Ressalta "o absoluto descompromisso do fundamento com o princípio do ônus da prova acusatório no processo penal, uma vez que a decisão sugere ser obrigação do Paciente demonstrar indicativos de que não voltará a delinquir, enquanto o ordenamento exige da acusação a prova positiva" (fl. 14).

Sustenta que "a decisão se fundamenta em presunção hipotética, uma vez que a mera possibilidade, sem qualquer elemento concreto, não pode fundar medida da gravidade da prisão"(fl. 14), além de "os elementos trazidos aos autos aponta[re]m justamente o contrário da presunção fixada" (fl. 14).

Assevera, em relação ao delito de *insider trading*, que "não há qualquer risco de reiteração da conduta, uma vez que o paciente não é Presidente da JBS e não pratica atos de compra de dólares em tal empresa, sendo que seu irmão também já não é mais o Presidente da companhia" (fl. 14).

Aduz que o decreto preventivo "sustenta-se [...] na presunção de fuga do Paciente, sem que exista a mínima indicação de fatos concretos que corroborem a assertiva. Não há um documento ou relato que indique a intenção de fuga do Paciente, muito menos que iria desfrutar de patrimônio no exterior"

(fl. 16).

A defesa afirma que, não obstante "a conveniência da instrução criminal [não tenha sido] mencionada como fundamento na decisão que denegou a ordem de habeas corpus" (fl. 18) no Tribunal *a quo*, "no corpo do *decisum* há menção ao possível uso de influência e poderio econômico para 'atender aos seus próprios interesses'" (fl. 18), ocasião em que, "mais uma vez [a decisão] se utiliza dos relatos do Paciente, prestado em âmbito de colaboração, e de boa-fé, para fundamentar medida cautelar contra ele mesmo" (fl. 19).

Ao sustentar a desproporcionalidade da medida, a defesa aduz que, mesmo que se considere que o Paciente seja condenado a uma pena média pelos delitos em concurso material – fato improvável dado que é primário e tem bons antecedentes –, "o regime imposto seria o aberto ou o semiaberto, havendo possibilidade de substituição por restritivas de direitos" (fl. 21).

Pede, inclusive liminarmente, a soltura do paciente ou, subsidiariamente, a substituição da custódia por medidas alternativas à prisão, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

Indeferida a liminar e prestadas as informações de fls. 2.210-2.251, foram os autos enviados ao Ministério Público Federal, que, em parecer do Subprocurador-Geral da República Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino, oficiou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 2.253-2.272).

Confira-se a ementa do parecer:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INSIDER TRADING. ART. 27-D DA LEI Nº 6.385/76. PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPETÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. NÃO CONHECIMENTO.

– 1ª Preliminar: não conhecimento de habeas corpus originário, substitutivo de recurso ordinário/especial.

– 2ª Preliminar: conhecimento de ofício; ausência de competência.

– 3ª Preliminar: não conhecimento deste habeas corpus; ausência de liquidez e certeza.

– Precedentes: STJ (HC 245.731/MS; HC nº 248.757/SP).

Mediante nova provocação, o Juízo da 6ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo (SP) de primeira instância prestou novas

Superior Tribunal de Justiça

informações (fls. 2.316-2.319), nas quais relatou o andamento da ação penal ali em curso (n. 0006243-26.2017.403.6181), que aguarda a realização de audiências de instrução para os dias 20, 21, 22, 23 e 26 de março próximos.

HABEAS CORPUS Nº 422.122 - SP (2017/0277928-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIMES DE MANIPULAÇÃO DO MERCADO E DE USO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA (*INSIDER TRADING*). ARTIGOS 27-C e 27-D DA LEI N. 6.386/1976. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DE PROVA MÍNIMA DO CRIME E DE INDÍCIOS DE AUTORIA. *PERICULUM LIBERTATIS*. RISCOS À ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA E À INSTRUÇÃO CRIMINAL. EXCEPCIONALIDADE E SUBSIDIARIEDADE DA PRISÃO PREVENTIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. PROPORCIONALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Infringe o disposto nos arts. 27-C e 27-D da Lei n. 6.386/1976 quem, entre outras condutas, aufere, dolosamente, vantagem ilícita ou lucro, mediante o uso indevido de informação privilegiada, e realiza operações simuladas ou executa outras manobras fraudulentas nos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de futuros e de balcão organizado.

2. Eventuais crimes confessados ou admitidos em troca de colaboração premiada, por parte do paciente e de seu irmão, por constituírem objeto de outra ação penal, não podem – até porque sequer há, em relação a tais ilicitudes, indiciamento ou denúncia contra o paciente e seu irmão – ser considerados para fins de análise deste *writ*, que tem como exclusivo escopo analisar a legalidade e a necessidade da prisão preventiva do paciente, como decorrência tão somente da imputação pelos crimes positivados no art. 27, alíneas C e D, da Lei n. 6.386/1976.

3. Em conformidade com a decisão judicial que decretou a prisão cautelar do paciente, teria ele, juntamente com seu irmão, realizado operações com valores mobiliários (venda de ações da JBS S/A na bolsa de valores, pela empresa FB Participações S/A, sua controladora) no final de abril de 2017, em período concomitante à recompra de ações iniciada em fevereiro do mesmo ano pela JBS S/A, bem como adquirido contratos futuros de dólar na Bolsa e a termo de dólar no mercado de balcão organizado entre abril e meados de maio de 2017, operações que teriam sido efetuadas em condições fora dos padrões de investimento usuais das aludidas empresas e durante o período em que seus dirigentes estavam negociando termos de acordo

Superior Tribunal de Justiça

de colaboração premiada, à época em fase de sigilo absoluto.

4. A realização de estudo técnico contábil-financeiro, por iniciativa do paciente, não é suficiente para, em cognição estreita e superficial, qual a do habeas corpus, ilidir as provas nas quais se apoiou a decisão judicial a fim de concluir pela materialidade dos crimes e pela sua autoria.

5. A indicação de fatos concretos que denotem o risco que a liberdade do réu representa para a manutenção da ordem pública e econômica, bem como para a preservação da instrução criminal, confere legitimidade e higidez formal ao decreto de prisão preventiva.

6. A necessidade de garantir a ordem pública e a econômica foi justificada na decisão judicial pela circunstância de que o paciente e seu irmão, após celebraram acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal, envolvendo personagens centrais da República – o que também gerou forte abalo social – teriam realizado vultosas operações no mercado financeiro, aproveitando-se de sua particular situação de conhecedores do que iria ocorrer na economia, e auferiram, assim, lucros elevadíssimos, rumando, ao depois, para os Estados Unidos. Ainda, afirmou-se na decisão judicial ora examinada que o paciente e seu irmão continuavam "[...] à volta com atividades ilícitas – mesmo após assumirem no STF o compromisso de interrompê-las em sede de acordo de colaboração premiada".

7. A seu turno, a necessidade de preservar a instrução criminal foi motivada pela afirmada "cooptação de pessoas e agentes públicos", assertiva reforçada pelo argumento de que a segregação cautelar se justifica "[...] haja vista o poder e a influência do grupo econômico dirigido pelos investigados em diversos setores da política e da economia nacionais, como, por exemplo, no BNDES, CADE, Receita Federal, Ministério da Agricultura e CVM, havendo elementos a indicar que em oportunidades anteriores os irmãos BATISTA não teriam se furtado a utilizar a exponencial influência que detinham para atender seus interesses."

8. Ante as condições reinantes no momento da decretação da custódia provisória, amplamente desfavoráveis ao paciente, a providência extrema se mostrou acertada e proporcional à gravidade da situação, sendo certo que o uso da medida cautelar extrema, bem como de qualquer outra prevista em lei, é perfeitamente legítimo em um Estado de Direito, porque a supressão ou a restrição eventual e temporária da liberdade humana é o custo que eventualmente se faz necessário arcar para permitir a sadia subsistência da sociedade, em face dos conflitos intersubjetivos que mais gravemente afetam as relações entre os

indivíduos que integram a comunhão social.

9. No processo penal, os interesses em permanente conflito – o interesse estatal de punir, de modo eficiente e em conformidade com as leis do país, autores de crimes quaisquer, e o interesse do acusado (também interesse do Estado) de proteger sua liberdade – sujeitam-se à verificação concreta e momentânea de qual deles deva preponderar, não sendo mais sustentável afirmar, como outrora, a existência da antítese Estado-cidadão. Em verdade, o Estado está obrigado tanto ao asseguramento da ordem por meio da persecução penal, quanto à proteção da esfera de liberdade do indivíduo.

10. A redação dada aos artigos que compõem o Título IX do Código de Processo Penal, com a reforma legislativa de 2011, evidenciou com maior clareza a exigência de que a prisão preventiva, por ser a medida mais extrema entre todas as cautelares pessoais, só deve ser imposta ao indiciado ou acusado quando outras medidas, agora elencadas no art. 319 do CPP, se mostrarem inadequadas ou insuficientes às exigências cautelares. Inteligência do art. 282, §§ 4º e 6º do CPP.

11. Ainda como derivação da presunção de não culpabilidade e da excepcionalidade e da provisoriedade da prisão preventiva, a manutenção desta cautela pessoal sempre se sujeita à verificação de seu cabimento, quer para eventual revogação, quando cessada a causa ou o motivo que a justificou, quer para sua substituição por medida(s) menos gravosa(s), na hipótese em que, mantido o *periculum libertatis*, sejam estas últimas tão idôneas (adequadas) e suficientes para alcançar o mesmo objetivo daquela, em conformidade com a redação atual do art. 282, § 5º, do Código de Processo Penal.

12. Enquanto esteve em liberdade, o paciente compareceu aos atos processuais, atendeu aos chamados da autoridade policial que conduziu as investigações, e não há evidências de que, após a formalização do inquérito policial, haja interferido em atos de investigação. Ademais, além de afastado da gestão de suas empresas, boa parte dos bens do paciente e de seu irmão foi embargada judicialmente, em decorrência de medida assecuratória – sequestro – cuja decisão foi suspensa em razão da proposta de apresentação de seguro-garantia, pelos irmãos Batista, no total de R\$238.000.000,00 (duzentos e trinta e oito milhões de reais), suficiente, como afirmou a autoridade judiciária competente, para garantir o adimplemento de eventuais indenização, prestação pecuniária, multa e custas processuais, em caso de condenação.

13. Sopesadas, assim, as circunstâncias e a gravidade dos crimes atribuídos ao paciente, bem como suas condições pessoais, e

considerando que já se passaram quase 9 meses da conjecturada prática ilícita e se caminha para 6 meses da segregação do paciente, o risco da reiteração delitiva e de interferência na instrução criminal se enfraqueceu, não a ponto de desaparecer totalmente, mas em grau bastante para justificar a substituição da prisão preventiva por medidas outras, restritivas à liberdade e a direitos do paciente, as quais, em juízo de proporcionalidade e à luz do que dispõem os arts. 282 e 319 do Código de Processo Penal, se mostram adequadas e suficientes para, com menor carga coativa, proteger o processo e a sociedade de possíveis e futuros danos que a plena liberdade do paciente poderia causar.

14. Habeas corpus parcialmente concedido para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares a ela alternativas, a saber: I) compromisso de comparecimento em Juízo, para todos os atos designados pelo Juízo competente, e de manter atualizado o endereço no qual poderá receber intimações; II) proibição de se aproximar e de manter contato pessoal, telefônico ou por meio eletrônico ou virtual com os outros réus, testemunhas arroladas pela defesa e pela acusação, ou pessoas que possam interferir na produção probatória; III) proibição de participar, diretamente ou por interposta pessoa, de operações no mercado financeiro, e de ocupar cargos ou funções nas pessoas jurídicas que compõem o grupo de empresas envolvidas nas ilicitudes objeto da ação penal a que respondem; IV) proibição de ausentar-se do Brasil, salvo autorização expressa do juízo competente; V) monitoração eletrônica.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

A impetração objetiva a revogação da prisão preventiva impingida pelo Juízo da 6ª Vara Especializada Criminal Federal da Seção Judiciária de São Paulo ao paciente, ou, ao menos, sua substituição por medidas cautelares menos gravosas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, trazendo, para tanto, os argumentos mencionados no relatório deste voto e que serão apreciados nas linhas subsequentes.

O paciente, **Joesley Mendonça Batista** e seu irmão Wesley Mendonça Batista foram denunciados pelo Ministério Público Federal, em imputação que, na essência, foi assim anunciada no prólogo da peça acusatória

ofertada perante o juízo competente:

Consta dos autos que JOESLEY BATISTA na qualidade de Diretor Presidente da J&F INVESTIMENTOS S/A e Presidente da FB PARTICIPAÇÕES (controladora da JBS) e WESLEY BATISTA, na qualidade de Diretor Presidente da JBS S/A, durante o período de 02 de março de 2017 a 17 de maio de 2017, (1) utilizaram informação relevante (Acordo de Colaboração Premiada) não divulgada ao mercado, de que tinham conhecimento e da qual deveriam manter sigilo, capaz de propiciar, para eles vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio com valores mobiliários, praticando, assim o delito de Insider Trading previsto no Artigo 27, D, da Lei 6.385/76; bem como (2) realizaram operações simuladas com a finalidade de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, e no mercado de balcão, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si, praticando, assim o delito previsto no **Art. 27-C** da Lei 6.385/16; 2. Segundo se apurou, JOESLEY e WESLEY celebraram Acordo de Colaboração Premiada com a Procuradoria Geral da República em 03 de maio de 2017, tendo sido homologado pelo Supremo Tribunal Federal em 11 de maio de 2017 e o levantamento do sigilo de referido Acordo ocorreu em 18 de maio de 2017.

3. Neste Acordo de Colaboração JOESLEY BATISTA forneceu diversas provas à Procuradoria Geral da República da suposta prática de crimes cometidos por inúmeras autoridades da República, tais como: Deputados Federais; Senadores da República; Ministros e ex Ministros de Estado; Procuradores da República, ex Presidentes da República e até mesmo do Presidente da República.

4. Tais informações e suas respectivas evidências eram de extremo sigilo e importância, e, evidentemente, quando trazidas a público teriam uma inevitável consequência extremamente significativa no mercado financeiro e na sociedade como um todo, sendo esta a própria informação privilegiada. De acordo com o Despacho de Indiciamento: "Os crimes delatados atingiam a alta cúpula da esfera

política nacional e colocavam em cheque as expectativas do mercado com relação aos rumos da economia brasileira. O conhecimento dos termos desta colaboração tinha potencial explosivo no mercado, capaz de gerar oscilações abruptas nos preços de ativos como ações e também na variação cambial dólar/real - este potencial se mostrou efetivo com o vazamento do conteúdo desta colaboração premiada na noite do dia 17/05/2017" (fls.218/219).

5. O Laudo de Perícia Criminal Financeiro também constatou o impacto que a delação teria no mercado financeiro:

"Em resumo, o vazamento da delação e de conteúdo de gravações na noite de 17/05 causaram no dia 18 (e no mercado norte-americano ainda no próprio dia 17) dentre outros efeitos extremos, quedas do Ibovespa (8,8% - maior queda em 1 dia desde 2008) e de JBSS3 próxima a 10%, Petr4 de 15%, o EWZ próximo a 16% e o dólar à vista alta de cerca de 9%, a maior em um dia desde a má desvalorização cambial de janeiro de 1999" (fls. 118).

6. Assim, sabedores dos impactos que tais informações causariam na economia do país – quais sejam: uma inevitável queda nos valores das ações da JBS e alta do dólar – os réus resolveram se beneficiar financeiramente da instabilidade econômica que seria ocasionada com a divulgação dos termos da Colaboração Premiada e das provas apresentadas, tais como: conteúdo de gravações ambientais; mensagens de WhatsApp; documentos e filmagens obtidas mediante a denominada Ação Controlada. Diante disso, antes que os termos da Colaboração fossem divulgados à sociedade, (1) os réus procederam à venda de ações da JBS por sua controladora – FB PARTICIPAÇÕES – e a respectiva recompra pela JBS (diante da assegurada baixa dos valores destas) (fato 1): bem como o denunciado WESLEY (2) adquiriu contratos de dólares no valor nominal de USD 2.814.000.000 (dois bilhões e oitocentos e catorze milhões de dólares americanos) – Contratos Futuros de Dólar e Contratos a Termo de Dólar – obtendo uma lucratividade no mercado financeiro de aproximadamente R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais) (fato 2). Outrossim, além de (1) utilizarem da informação privilegiada sigilosa com potencial de obtenção de

vantagem indevida (Art. 27-D, da Lei 6.538/78); os denunciados (2) manipularam o mercado (Art. 27-C, da lei 6.538/78), através das vendas e recompras concomitantes das ações da JBS (JBSS3), com intuito de obter vantagem, conforme abaixo exposto: [...]
(fls. 401-403)

Os tipos penais a que respondem o paciente contêm a seguinte narrativa legal (em conformidade com a redação vigente ao tempo da conduta):

Uso Indevido de Informação Privilegiada

Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

Manipulação de Mercado:

Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas, com a finalidade de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão ou no mercado de balcão organizado, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

Nos termos da acusação, **Joesley Mendonça Batista**, Diretor-Presidente da **J&F INVESTIMENTOS S/A** e da **FB PARTICIPAÇÕES S/A** teria sido o responsável por ordenar as operações de venda de ações da JBS, detidas pela sua controladora FB, enquanto seu irmão Wesley Mendonça Batista, Diretor-Presidente da **JBS S/A**, teria sido o

Superior Tribunal de Justiça

responsável pelas operações de recompra de ações por esta empresa.

No curso da ação penal, o Juiz de primeira instância decretou a prisão preventiva do paciente, mediante os seguintes termos (no que mais interessa transcrever, e com nosso destaque):

Autos nº. 0012131-73.2017.403.6181

Vistos.

Trata-se de representação da Autoridade Policial, formulada às fls. 02/84, pugnando pela prisão preventiva dos investigados JOESLEY MENDONÇA BATISTA ("JOESLEY") e WESLEY MENDONÇA BATISTA ("WESLEY"), bem como pela determinação de busca e apreensão nas residências dos aludidos investigados e de FRANCISCO DE ASSIS E SILVA ("FRANCISCO"), FERNANDA LARA TÓRTIMA ("FERNANDA") e MARCELO PARANHOS DE OLIVEIRA MILLER ("MARCELO").

O pleito ora formulado decorre das apurações realizadas no âmbito do IPL nº 120/2017-11, inquérito policial n. 0006243-26.2017.403.6181, instaurado pela Polícia Federal para apurar a possível prática do delito previsto no artigo 27-D da Lei n. 6.385/76 ("uso indevido de informação privilegiada") a partir, inicialmente, notícias amplamente divulgadas na imprensa e também no Comunicado ao Mercado n. 02/2017, por meio do qual a Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") tornou público que foram instaurados cinco processos administrativos para apuração dos fatos.

Em síntese, de acordo com o apurado, teriam sido realizadas operações com valores mobiliários, *in casu* venda de ações da JBS S/A na bolsa de valores pela empresa FB Participações S/A, sua controladora, no final de abril de 2017, em período concomitante à recompra de ações iniciada em fevereiro do mesmo ano pela JBS S/A, bem como a aquisição de contratos futuros de dólar na Bolsa e a termo de dólar no mercado de balcão organizado, entre abril e meados de maio de 2017.

As referidas operações, segundo investigado, **teriam sido realizadas em condições fora dos padrões de investimento usuais das aludidas empresas** e durante o período em que seus dirigentes estavam negociando termos de acordo de colaboração premiada, à época em fase de sigilo absoluto.

Após diversas diligências apuratórias, dentre elas o compartilhamento de informações pela CVM, a elaboração de laudo pelo Núcleo de Criminalística (n.º 421/2017), as oitivas

realizadas em sede policial e a análise do material apreendido no bojo da Operação Lama Asfáltica, a Autoridade Policial concluiu que **existem fortes elementos probatórios a indicar o cometimento, pelos investigados JOESLEY (diretor-presidente da J&F INVESTIMENTOS S/A. e da FB PARTICIPAÇÕES 3/A.) e WESLEY (diretor-presidente da JBS S/A.), do crime de uso indevido de informação privilegiada** – economicamente relevante – quebrando a igualdade necessária entre os investidores, ferindo o correto funcionamento do mercado financeiro e prejudicando a confiança imperativa que deve ser inerente à sua existência. [...] É o relatório. Decido.

Em que pesem os argumentos habilmente expostos pela i. Autoridade Policial, e como bem asseverado pelo Ministério Público Federal, o pedido comporta apenas parcial deferimento.

I. Da prisão preventiva

No que tange ao requerimento de prisão cautelar dos investigados JOESLEY e WESLEY, afigura-se de rigor o acatamento do pleito policial. [...]

No caso concreto, conforme outrora asseverado na decisão que deferiu a busca e apreensão nos endereços comerciais das empresas do Grupo JBS (fls. 133/135 dos autos n. 0007054-83.2017.403.6181), cujo entendimento é aqui ratificado, há indícios robustos da materialidade e da autoria do delito capitulado no artigo 27-D da Lei n° 6.385/76, assim redigido: [...]

Com efeito, os eventos apontados como envolvendo o uso indevido de informações privilegiadas remontam aos períodos de 24/04 a 17/05 (venda de ações pela FB PARTICIPAÇÕES, coordenada com a recompra efetivada pela JBS) e 28/04 a 17/05 (compra de contratos futuros e a termo de dólar), indicando que durante as negociações da colaboração premiada e especialmente após sua homologação, ocorrida em 11/05/17, os dirigentes da JBS e da FB PARTICIPAÇÕES teriam feito uso desses dados para obtenção de vantagens indevidas no mercado financeiro.

Como bem aponta o MPF, **estima-se que na atuação com derivativos de câmbio, somada à subsequente valorização da moeda estrangeira – decorrente da revelação do acordo de colaboração premiada –, a JBS teria um potencial de ganho de aproximadamente cem milhões de reais, enquanto que a venda e recompra da companhia teria evitado uma perda patrimonial da ordem de quase cento e quarenta milhões de reais, ante a acentuada desvalorização do ativo financeiro.**

Nesse sentido, os elementos de prova encontram-se,

fundamentalmente, no Laudo de Perícia Criminal Financeira n. 421/2017 do Núcleo de Criminalística (fls. 108/132 dos autos n. 0006243-26.2017.403.6181), nos Relatórios de Análise da CVM (ns. 9 e 10/2017-CVM/SM1/GMA-2), na análise do material apreendido em sede de busca e apreensão deferida por este Juízo (cf. mídia de fl. 84), como também daquele compartilhado pela Operação Lama Asfáltica (cf. mídia de fl. 84), bem como de inúmeras oitivas colhidas (Apenso V dos autos n. 0006243-26.2017.403.6181).

De outra face, **existem relevantes e suficientes indícios da autoria delitiva de JOESLEY e WESLEY**, apontados como emissores das ordens de compra e venda de ativos financeiros no período em que, juntamente a outros executivos, negociavam acordos de colaboração premiada com a PGR.

Conforme apurado, WESLEY teria sido o responsável pelas operações de recompra de ações pela empresa JBS S/A., a qual presidia à época dos fatos, e também pelas operações com derivativos cambiais realizadas pela mesma companhia, conforme as declarações prestadas em sede policial por CARLOS ANTONIO CALLEGARI e RAFAEL KYI HARADA (fls. 16/21 e 06/12 do Apenso V aos autos n. 0006243-26.2017.403.6181, respectivamente). Ao mesmo tempo, teria participado ativamente das negociações do acordo de colaboração premiada junto à PGR, tendo ciência do conteúdo das informações prestadas, inclusive por outros colaboradores, como seu irmão JOESLEY (fls. 60/64 do Apenso V aos autos n. 0006243-26.2017.403.6181).

Por sua vez, o **investigado JOESLEY teria sido o responsável por ordenar as operações de venda de ações da JBS S/A (JBSS3) detidas por sua controladora FB PARTICIPAÇÕES S/A – a qual dirigia à época dos fatos conforme se depreende dos depoimentos prestados por ANTONIO DA SILVA BARRETO JÚNIOR e pelo próprio investigado à Autoridade Policial (fls. 43/46 e 65/69 do Apenso V aos autos n. 0006243-26.2017.403.6181, respectivamente), de forma não usual e concomitante ao procedimento de recompra da JBS S/A.**

Assim, exposto o *fumus comissi delicti*, a Autoridade Policial, acompanhada pelo Ministério Público Federal, aduz que a prisão cautelar dos investigados se justifica, no que tange ao *periculum libertatis*, por conveniência da instrução criminal, bem como para garantir a aplicação da lei penal e a ordem pública, **considerando que JOESLEY e WESLEY continuam à volta com atividades ilícitas – mesmo após assumirem no STF o**

compromisso de interrompê-las em sede de acordo de colaboração premiada – e buscam furtar-se à aplicação da lei - inclusive mediante a cooptação de pessoas e agentes públicos -, constituindo a prisão preventiva a única maneira de assegurar que os investigados não interfiram nas investigações e sejam processados sem qualquer ilícita interferência na ordem processual.

De fato, encontra-se presente o risco à garantia da ordem pública, dado que foram amealhados diversos indícios de que os investigados JOESLEY e WESLEY, mesmo após a negociação e assinatura dos termos de colaboração premiada, teriam tornado a praticar delitos, inclusive interferindo de maneira ilícita junto a agentes públicos, havendo razoável suspeita de que as atividades delitivas permaneçam até o presente momento. O pacto firmado perante a Procuradoria Geral da República prevê a imunidade quanto aos fatos anteriores, o que não alcança fatos típicos posteriores, como é o caso dos presentes crimes autônomos de competência do Juízo de instância.

Por sua vez, a segregação cautelar também se justifica sob a perspectiva da conveniência da instrução criminal, haja vista o poder e a influência do grupo econômico dirigido pelos investigados em diversos setores da política e da economia nacionais, como, por exemplo, no BNDES, CADE, Receita Federal, Ministério da Agricultura e CVM, havendo elementos a indicar que em oportunidades anteriores os irmãos BATISTA não teriam se furtado a utilizar a exponencial influência que detinham para atender seus interesses.

Ademais, incide igualmente a **necessidade de garantia de aplicação da lei penal**, considerando o risco concreto de fuga, ante a possível reversão dos benefícios deferidos em sede de colaboração premiada perante a PGR – em especial a ampla imunidade concedida –, somado ao elevado patrimônio dos investigados no país e no exterior, que facilitaria sobremaneira a sua evasão do território nacional, bem como a efetiva saída desses do país logo após a divulgação do pacto firmado com o Ministério Público Federal.

Observe-se, por derradeiro, que não se vislumbra outra medida cautelar adequada e suficiente para o caso além da prisão, dado que, como apontado pela i. Autoridade Policial, as práticas delitivas atribuídas aos investigados podem se realizar a distância, por um simples contato telefônico ou telemático, o que inviabiliza efetividade do mero

comparecimento mensal em Juízo, da proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, da proibição de ausentar-se da Comarca, da proibição de manter contato com pessoa determinada, do recolhimento domiciliar, da suspensão do exercício de funções ou mesmo da fiança, dado que nenhum desses meios é adequado para se evitar que os investigados venham a delinquir.

Em conclusão, existe prova robusta da materialidade do delito, que afetou gravemente a economia nacional, e indícios veementes de autoria, em face de ambos os investigados, assim como **está configurada a necessidade de se assegurar a ordem pública, a instrução processual e a aplicação da lei penal**, em razão da existência de elementos concretos que indicam que **Joesley Mendonça Batista e Wesley Mendonça Batista teriam continuado a praticar delitos mesmo após a celebração de acordo de colaboração premiada, que possuem considerável influência sobre as áreas política e econômica do país, inclusive com a prática de chantagens junto a autoridades públicas**, e que facilmente poderiam furtar-se à atividade jurisdicional, em especial após possível revogação dos benefícios premiais concedidos pela PGR, inexistindo, por fim, outra medida eficaz, além da prisão cautelar, que possa ser utilizada.

Ante o exposto, existindo fundados indícios de que os investigados JOESLEY e WESLEY utilizaram informações privilegiadas, decorrentes dos acordos de colaboração premiada que negociavam perante a Procuradoria Geral da República, aptos a interferir significativamente no funcionamento do mercado de capitais, incidindo, em tese, no tipo previsto no artigo 27-D da Lei n. 6.385/76, crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (art. 313, *caput* e inciso I, do CPP), por conveniência da instrução criminal e para garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal, com lastro no artigo 312 do Código de Processo Penal, decreto a prisão preventiva de JOESLEY MENDONÇA BATISTA [...] e WESLEY MENDONÇA BATISTA [...]. [...] (fls. 239-250)

II. Alegada ausência de crime na conduta do paciente

A defesa pretende, como premissa inicial, afastar a existência de ilícito penal na conduta imputada ao paciente, ausente, segundo sustenta, irregularidade nas operações que, na percepção do Ministério Público, caracterizaram os crimes de *insider trading* ou uso indevido de informação

privilegiada (art. 27-D da Lei n. 6.386/1976) e de manipulação do mercado (art. 27-C da Lei 6.386/1976).

Para tanto, junta aos autos dois estudos técnicos, realizados pela Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (FIPECAFI), órgão de apoio institucional da FEA-USP. O primeiro estudo, de natureza contábil-financeira, teve como foco as operações de recompra de ações da JBS nos meses de abril e maio de 2017; o segundo, também contábil-financeiro, analisou as operações de contratação de derivativos cambiais pela JBS S.A. no mês de maio de 2017.

Ambos os estudos apresentam conclusões que favorecem o paciente e seu irmão, Wesley Batista. Com efeito, as principais conclusões dos estudos técnicos apontam que não foram encontradas evidências de que as recompras efetuadas pela JBS S.A. no ano de 2017, bem como as operações com derivativos cambiais no segundo trimestre de 2017, fossem anormais quando comparadas com as recompras do período imediatamente anterior ou, no caso das operações de câmbio, com os dois anos anteriores.

Sem embargo, ainda que não se possa, *a priori*, questionar a importância dos referidos estudos, assinados por professores doutores de idoneidade não questionada, é impossível transferir tal discussão, que é central e determinante para a subsistência das imputações formuladas em desfavor do paciente, para esta via mandamental, cujas cognição – sumária e superficial – e ausência de real contraditório não permitem a análise vertical e definitiva sobre documentos relativos à materialidade delitiva.

Fato é que as condutas imputadas ao paciente foram apuradas em inquérito policial instaurado pela Polícia Federal, do qual resultou a conclusão de possível prática dos delitos já referidos, tendo como impulso inicial notícias amplamente divulgadas na imprensa e também no Comunicado ao Mercado n. 02/2017, por meio do qual a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) tornou público que foram instaurados cinco processos administrativos para apuração dos fatos.

Abro um pequeno parêntese para esclarecer que nem todas as peças dos autos informam a completa imputação que consta da denúncia, tanto em relação a Joesley quanto a Wesley Batista, o que pode, desavisadamente, sugerir que cada um deles responderia por apenas um crime. No entanto, não há dúvida, a partir da narrativa acusatória e da classificação legal explicitada na denúncia, *in fine*, que ambos respondem pelos crimes de *informação*

privilegiada (insider trading) e manipulação de mercado, positivados, respectivamente, nos arts. 27-D e 27-C da Lei nº 6.386/1976.

Feito esse registro, constato que o convencimento que levou o Ministério Público a apresentar denúncia perante o juízo competente – o qual já a recebeu, em **decisão exemplar quanto ao seu apuro técnico e ao cumprimento do dever de motivação** – derivou, em boa parte, do Laudo de Perícia Criminal Financeira n. 421/2017, realizado pelo Núcleo de Criminalística Federal da Polícia Federal e também dos Relatórios de Análise da Comissão de Valores Mobiliários – CVM (n. 09 e 10/2017 – CVM/SMA/GMA), a par de outros documentos e elementos de convicção que, aparentemente, conduzem à conclusão oposta à que sustentam os impetrantes.

Não vejo, pois, como afastar o lastro probatório que confere verossimilhança (*fumus comissi delicti*), quer à acusação formal apresentada pelo Ministério Público – cumprindo recordar que **o grau do convencimento judicial, em decisões referentes a medidas cautelares, prescinde de certeza** –, quer à decisão que decretou a prisão preventiva do paciente e de seu irmão, nada impedindo, por óbvio, que se chegue a diversa conclusão durante a instrução criminal a realizar-se perante o juiz natural da causa, sob o crivo do contraditório judicial.

III. Decreto preventivo – motivação idônea

No tocante aos fundamentos, ou exigências cautelares, que denotam o *periculum libertatis*, considero que a decisão judicial possui **motivação idônea**, apoiada em dados concretos extraídos dos autos, a atestar a legalidade do decreto construtivo.

Essa, aliás, foi a compreensão desta Sexta Turma ao indeferir liminarmente anterior habeas corpus impetrado pela defesa do paciente (HC n. 416.795-SP, j. em 21/9/2017), ocasião em que a maioria assim entendeu:

1. Nos termos do enunciado da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, "não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de 'habeas corpus' impetrado contra decisão do relator que, em 'habeas corpus' requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar".
2. O referido óbice é ultrapassado somente em casos excepcionais, nos quais a evidência da ilegalidade é tamanha que não escapa à pronta percepção deste Superior Tribunal, o que,

Superior Tribunal de Justiça

todavia, não ocorre na hipótese, em que foram apontados elementos concretos que, ao menos à primeira vista, evidenciam a gravidade concreta do delito em tese cometido, a ensejar, por conseguinte, a necessidade de manutenção da custódia preventiva para a garantia da ordem pública.

3. A magnitude da infração, relevante o bastante para impactar o mercado financeiro, e a notícia de nova investida criminosa, depois da prática de inúmeros crimes assumidos nas tratativas de colaboração premiada, sugerem audácia e certeza de impunidade, expressões que, ante as peculiaridades do caso, não traduzem mera retórica.

4. Habeas corpus indeferido liminarmente. (Rel. p/ o acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz)

Volta a defesa a enfrentar o mesmo tema, já agora **no devido tempo**, após o julgamento do mérito do writ original proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Na decisão tanto ali quanto aqui impugnada, da lavra do Juízo Federal monocrático, julgo oportuno destacar alguns pontos.

Inicialmente, sublinho a assertiva judicial de que "**JOESLEY e WESLEY continuam à volta com atividades ilícitas** – mesmo após assumirem no STF o compromisso de interrompê-las em sede de acordo de colaboração premiada – **e buscam furtar-se à aplicação da lei** – inclusive mediante a cooptação de pessoas e agentes públicos –, constituindo a prisão preventiva a única maneira de assegurar que os investigados não interfiram nas investigações e sejam processados sem qualquer ilícita interferência na ordem processual" (fl. 247).

Saliento, ainda, a afirmação da autoridade judiciária competente, de que "foram amealhados diversos indícios de que **os investigados JOESLEY e WESLEY, mesmo após a negociação e assinatura dos termos de colaboração premiada, teriam tornado a praticar delitos, inclusive interferindo de maneira ilícita junto a agentes públicos, havendo razoável suspeita de que as atividades delitivas permaneçam até o presente momento**. O pacto firmado perante a Procuradoria-Geral da República prevê a imunidade quanto aos fatos anteriores, o que não alcança fatos típicos posteriores, como é o caso dos presentes crimes autônomos de competência do Juízo de instância" (fls. 247-248).

O terceiro ponto a enfatizar, na decisão hostilizada na

impetração, refere que "[...] incide igualmente a **necessidade de garantia de aplicação da lei penal**, considerando o **risco concreto de fuga**, ante a possível reversão dos benefícios deferidos em sede de colaboração premiada perante a PGR – em especial a ampla imunidade concedida –, somado ao elevado patrimônio dos investigados no país e no exterior, que facilitaria sobremaneira a sua evasão do território nacional, bem como a efetiva saída desses do país logo após a divulgação do pacto firmado com o Ministério Público Federal" (fl. 248).

São três, portanto, os motivos (fundamentos, exigências cautelares ou circunstâncias autorizadoras) que se podem deduzir da decisão prolatada pelo juiz natural da causa para suprimir a liberdade do paciente: garantir a ordem pública, assegurar a instrução criminal e garantir a aplicação da lei penal.

Examino cada um deles, não sem antes redarguir a insurgência defensiva contra o fato de haver sido a prisão preventiva decretada cerca de três meses após o conhecimento da prática ilícita pelo Juízo federal de primeiro grau.

Decerto que a jurisprudência dos tribunais superiores tem exigido relativa **contemporaneidade entre o fato criminoso e a prisão preventiva**, dado o seu caráter cautelar, que implica a ideia de urgência. Porém, é preciso considerar que nem sempre se pode pretender que uma medida de tamanha onerosidade seja adotada tão logo conhecido o fato criminoso que a autoriza, pois a necessidade de oferecer ao julgador um certo grau de convicção quanto à materialidade e à autoria delitivas demanda, por vezes, o tempo suficiente para a reunião de elementos de convicção bastantes a autorizar a providência extrema.

Não creio, portanto, seja desarrazoada a decretação de uma prisão preventiva após três meses de a *notitia criminis* chegar ao conhecimento do órgão judiciário competente, que, saliente-se, depende de provocação do titular da ação penal.

III.1. Garantia da ordem pública e econômica

Não são desconhecidas as críticas doutrinárias à permissão legal para que se decrete uma prisão preventiva para garantia da ordem pública, em razão, sob um primeiro aspecto, da vagueza e da equivocidade do conceito de “ordem pública”, e, de outra banda, da aparente ausência de sua cautelaridade.

Desde Faustin Helie, em meados do século XIX, a prisão preventiva para evitar a repetição de crimes tem sido compreendida mais como

uma espécie de medida de segurança (defesa social) do que, propriamente, uma medida cautelar. Não é o caso de, aqui, enfrentar esse tema, até porque tal questionamento não é especificamente o objeto da impetração, que, em sua essência, pretende apenas demonstrar não estarem presentes os requisitos legais para a manutenção da custódia provisória.

De todo modo, não há como desconhecer, nesse particular, que os países centrais com quem temos maiores vínculo e afinidade jurídica admitem a prisão sob tal fundamento, embora a positivem de maneira mais consentânea às novas exigências doutrinárias quanto ao tema, ao estabelecerem requisitos mais específicos e concretos para a decretação da cautela extrema, os quais, substancialmente, traduzem a ideia de que é legítima a segregação *ad custodiam* quando serve como meio de proteger a sociedade contra a recidiva criminosa.

Com efeito, a começar pelo Código de Processo Penal da França, observa-se que ele conserva, sem meias palavras, a nota característica da referida modalidade de prisão preventiva, ao prever, no seu art. 137, que: “A pessoa acusada, presumida inocente, permanece livre. Porém, em razão de necessidades da instrução ou a título de medida de segurança, ela pode ser submetida a uma ou mais obrigações decorrentes de controle judiciário. Se elas se revelarem insuficientes em relação aos seus objetivos, ela pode, a título excepcional, ser colocada sob detenção provisória”.

E mais, no art. 144, o legislador francês não hesita em preceituar que a prisão provisória pode ser ordenada, entre outras hipóteses, para “pôr fim à infração ou impedir sua renovação” e “pôr fim à perturbação excepcional e persistente à ordem pública, provocada pela gravidade da infração, as circunstâncias de seu cometimento ou a importância do prejuízo por ela causado. (...)”.

Em outros países europeus, verificam-se similares previsões normativas. Assim, o art. 503 do Código de Processo Penal da Espanha estabelece a prisão provisional “para evitar que o imputado possa atuar contra bens jurídicos da vítima, ou para evitar o risco de que o imputado cometa outros fatos delitivos”. Na Itália, prevê-se que as medidas cautelares são dispostas (art. 274) quando, “por específicas modalidades e circunstâncias do fato e pela personalidade da pessoa investigada ou do acusado, deduzida de comportamentos e atos concretos ou dos seus precedentes penais, subsiste o concreto e atual perigo de que estes cometam crimes graves com uso de armas ou com outros meios de violência pessoal ou dirigidos contra a ordem constitucional, ou delitos de criminalidade organizada ou da mesma espécie

daquela pela qual é processado”. Por fim, em Portugal, o Código de Processo Penal estabelece, como requisitos gerais para as medidas de coação pessoal (art. 204), entre outros, o “perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas.”

Em todos esses dispositivos, nota-se uma compreensão próxima à explicitada por Claus Roxin, para quem **“o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo”** (*Problemas fundamentais de Direito Penal*. 2. ed. Lisboa: Veja, 1993, p. 76).

Nesse sentido, vejo fundamento para o decreto preventivo a fim de garantir a ordem pública (e econômica).

A uma, porque a ordem pública se mostrou profundamente abalada com a revelação de que o paciente e seu irmão, após celebrarem acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal, envolvendo personagens centrais da República – o que também gerou forte abalo social –, teriam realizado vultosas operações no mercado financeiro, aproveitando-se de sua particular situação de conhecedores do que iria ocorrer na economia, e auferiram, assim, lucros elevadíssimos, rumando, ao depois, para os Estados Unidos (Joesley Batista).

Não se trata de um desautorizado clamor público nem de exacerbação midiática, mas sim de um generalizado e incontestável sentimento de indignação popular pela maneira como as coisas se sucederam, máxime em relação ao paciente, protagonista de uma iniciativa audaz e sub-reptícia, consistente em procurar o Presidente da República em sua residência oficial para gravar, em aparelho oculto, conversas sobre assuntos que lhe interessavam registrar.

Como admitir – indagaram muitos – que, para beneficiar-se de acordo penal, alguém possa ficar imune a qualquer persecução penal por crimes confessados, que envolvem as mais elevadas autoridades da República, e, não bastasse, ainda auferir, indiretamente, estratosférica vantagem econômica no mercado financeiro e ainda viajar, em seguida, para o exterior?

Essa foi, essencialmente, a pergunta que boa parte da população

brasileira formulou, questionando a decisão da Procuradoria Geral da República de oferecer imunidade total (em verdade, não oferecimento de denúncia) ao paciente e a seu irmão, como prêmio pela colaboração de que resultou a delação de 1.829 agentes públicos de todas as esferas e poderes da República, como autores de ilícitos penais.

Estou a dizer tudo isso não para ter essas críticas como fundamentadas, ou para entender tais fatos como incontroversos. Não poderia fazê-lo, por uma razão muito simples: **eventuais crimes confessados ou admitidos pelo paciente e seu irmão ensejaram colaboração premiada, e são objeto de outra ação penal**, na qual, aliás, esse acordo penal está sob risco de ser desfeito se atendido, pelo Supremo Tribunal Federal, requerimento nesse sentido formulado pela PGR. **Não podem**, assim, essas **eventuais ilicitudes** – até porque **nem sequer há, em relação a elas, indiciamento ou denúncia** contra o paciente e seu irmão – **ser consideradas para fins de análise deste writ**, que tem como escopo exclusivo analisar a legalidade e a necessidade da prisão preventiva do paciente, como decorrência tão somente da imputação pelo crimes positivados no art. 27, alíneas C e D, da Lei n. 6.386/1976.

Entretanto, nada impede que, para fins de avaliação da danosidade social da conduta e da consequente situação cautelar dos pacientes, sejam consideradas as circunstâncias que singularizaram esses acontecimentos, sua repercussão, o abalo social causado e a perturbação da ordem pública e econômica, como fatores catalisadores de um crime que, a julgar pela quantidade de pena prevista, não se revestiria de particular gravidade, se ausentes essas particularidades.

Aliás, igualmente se justificou, a meu sentir, a invocação da necessidade de preservação da ordem econômica como motivo para, após a apuração dos fatos que levaram o Ministério Público a formar sua *opinio delicti* em relação ao paciente, legitimar o decreto preventivo.

É sabido que o Código de Processo Penal também prevê, como fundamento da prisão preventiva, a necessidade de *garantir a ordem econômica*, o que, em princípio, serve também de apoio à segregação cautelar dos autores de condutas inseridas no âmbito da macrocriminalidade econômica. Aliás, a Lei n. 7.492/1986, por seu art. 30, robustece essa percepção, ao dispor que, sem prejuízo da prisão preventiva regulada pelo art. 312 do Código de Processo Penal, “a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada”.

Releva acentuar, a propósito, que a redação original desse dispositivo era mais esclarecedora e precisa, porquanto dizia que a prisão do acusado de crime contra o sistema financeiro nacional poderia ser decretada “quando, em razão da magnitude da lesão causada pelo fato ou do clamor público por ele provocado, esteja configurada situação em que a liberdade do mesmo comprometa a segurança ou a credibilidade do sistema financeiro nacional”.

Certo, porém, é que, como já tive oportunidade de assentar em voto proferido no HC n. 416.795/SP, “a magnitude da infração [melhor teria sido dizer, da lesão causada pela infração], relevante o bastante para impactar o mercado financeiro, e a notícia de nova investida criminosa, depois da prática de inúmeros crimes assumidos nas tratativas de colaboração premiada, sugerem audácia e certeza de impunidade, expressões que, ante as peculiaridades do caso, não traduzem mera retórica”.

Quiçá não se conheça, na crônica do fórum criminal, um caso tão evidente como este, de abalo do mercado financeiro como consequência da ação delitiva atribuída a dirigentes de empresas que ali operavam.

Argumenta a combativa defesa que “O delito de *insider trading* é o objeto da investigação na qual foi decretada a prisão, de forma que sua configuração de fato e apreciação é questão de mérito e não pode fundar medida cautelar, muito menos ser o único elemento para indicar suposta reiteração delitiva, como ocorre nesse caso.”

Não procede tal argumento. Primeiro, porque não se limitou a decisão hostilizada a apenas invocar a prática do crime de **insider trading** para justificar a cautela. Segundo, porque saber se o crime efetivamente existiu – a questão de mérito mais importante – não interfere na avaliação de provimento cautelar, que, volto a dizer, decorre de cognição não exauriente e limitada, de que resulta juízo de mera probabilidade, e não de certeza. Não fosse assim, jamais se poderia decretar prisão preventiva no limiar de uma investigação quando ainda são tênues e anteriores ao contraditório judicial os elementos de convicção recolhidos.

III.2. Necessidade de preservar a instrução criminal

Como acuradamente anotaram os impetrantes, “A conveniência da instrução criminal não foi mencionada como fundamento na decisão que denegou a ordem de habeas corpus no Tribunal Regional *a quo* e é ora

Superior Tribunal de Justiça

vergastada, mas no corpo do *decisum* há menção ao possível uso de influência e poderio econômico para "atender aos seus próprios interesses", a tornar pertinente o presente tópico."

Tal circunstância autorizadora da prisão preventiva possui nítido caráter instrumental, e está, pois, impregnada de cautelaridade, porquanto objetiva proteger os *meios* do processo penal, ou seja, as provas que devem ser produzidas sem peias, perturbações, ameaças, desvios de finalidade, contrafação ou qualquer outro ato tendente a interferir na verdade dos fatos sob apuração.

Registro, de plano, minha divergência quanto ao termo empregado pelo legislador para referir-se a esse motivo justificador da prisão preventiva, uma vez que afirma ser ela cabível para "conveniência" da instrução criminal. Ora, no momento em que se impõe medida cautelar de natureza pessoal, mormente quando afeta diretamente a liberdade da pessoa investigada ou acusada, não há de cingir-se a autoridade competente a laborar em juízo de mera conveniência, mas de efetiva necessidade da cautela, sob pena de afrontar a regra da excepcionalidade de toda medida desse âmbito e, conseqüentemente, a presunção de não culpabilidade do acusado.

Bem observa, a esse respeito, Rodrigo Capez (*Prisão e medidas cautelares diversas*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 250):

Também no processo penal, e mais precisamente no âmbito das medidas cautelares pessoais, diante do rígido balizamento para o exercício da margem de interpretação judicial, imposto pelos princípios da legalidade, da presunção de inocência, pela necessidade de justificação constitucional da medida e pela regra da proporcionalidade, não cabe ao juiz, em hipótese alguma, formular juízos de oportunidade, assim entendidos como uma opção subjetiva entre alternativas igualmente justas ou indiferentes jurídicos, mas sim juízos de legalidade, interpretando textos e fatos.

Feita a ressalva, constato que a decisão hostilizada no *writ* empregou argumentação que também sugere haver lastreado a convicção judicial o suposto uso de influência e poderio econômico do paciente para interferir na prova a ser produzida e, com isso, prejudicar a instrução criminal.

Basta que se reporte, para confirmar tal convicção, ao trecho da decisão judicial onde é afirmado que "[...] **JOESLEY e WESLEY continuam à**

volta com atividades ilícitas – mesmo após assumirem no STF o compromisso de interrompê-las em sede de acordo de colaboração premiada – e buscam furtar-se à aplicação da lei – **inclusive mediante a cooptação de pessoas e agentes públicos** –, **constituindo a prisão preventiva a única maneira de assegurar que os investigados não interfiram nas investigações e sejam processados sem qualquer ilícita interferência na ordem processual**" (fl. 247).

Em seguida, S. Ex.^a reforça o argumento aduzindo que, "Por sua vez, a segregação cautelar também se justifica sob a perspectiva da conveniência da instrução criminal, haja vista **o poder e a influência do grupo econômico dirigido pelos investigados em diversos setores da política e da economia nacionais, como, por exemplo, no BNDES, CADE, Receita Federal, Ministério da Agricultura e CVM**, havendo elementos a indicar que em oportunidades anteriores os irmãos BATISTA não teriam se furtado a utilizar a exponencial influência que detinham para atender seus interesses" (fl. 248).

Observou, ainda, o órgão julgante de primeiro grau, que Joesley Mendonça Batista e Wesley Mendonça Batista "**possuem considerável influência sobre as áreas política e econômica do país, inclusive com a prática de chantagens junto a autoridades públicas**" (fl. 249).

Aqui também identifico fundamento cautelar idôneo, a justificar a prisão *ante tempus*.

Para assim concluir nem há necessidade de referir fatos que são objeto de outro procedimento, em curso no Supremo Tribunal Federal, acerca da aventada interferência do paciente sobre membro do Ministério Público Federal que participava das negociações que resultaram no acordo de colaboração premiada ou sobre outros agentes públicos que de algum modo pudessem ser constrangidos a colaborar ou a depor no decorrer do processo.

Nesse ponto, foi precisa a manifestação do Ministério Público Federal que oficiou perante a Justiça Federal de primeira instância, ao anotar, *verbis*:

De início, é importante delimitar de maneira clara os fatos investigados no presente feito. A apuração se circunscreve ao delito de informação privilegiada. Eventual delito de corrupção de funcionários públicos para obtenção do acordo de imunidade, embora seja relevante para a compreensão dos fundamentos autorizadores da prisão preventiva, **não é e não pode ser objeto**

da presente apuração, pois não conexo, ao menos em princípio, aos fatos ora apurados (grifos no original).

Entendo suficientes, para dar ares de legitimidade ao raciocínio judicial, sobre o particular, as notórias e afirmadas **influências e poderio econômico** que o paciente e seu irmão demonstraram possuir ao longo dos últimos anos, quando, na construção de seu vasto patrimônio, **desenvolveram relações muito próximas a personagens centrais da política nacional**, a ponto de ser recebido pelo Presidente da República, à noite e reservadamente, no Palácio do Jaburu, para tratar de assuntos de seus interesses.

Não creio se possa dizer que foi exercício de futurologia ou pura abstração do labor mental do magistrado sua afirmação de que, no meio da crise que abalou o país, a liberdade plena do paciente poderia prejudicar a investigação dos fatos ainda em apuração e interferir na ordem processual. A prisão cautelar, naquele momento, encontrou justificativa também na necessidade de preservar os meios do processo.

III.3. Alegado risco à aplicação da lei penal

A diferente conclusão Ano tocante ao terceiro motivo invocado pela autoridade judiciária competente para decretar a prisão preventiva do paciente, qual seja, a possibilidade de sua fuga e o conseqüente prejuízo à aplicação da lei penal.

Quanto a esse fundamento, S. Ex.^a anotou: "Ademais, incide igualmente a **necessidade de garantia de aplicação da lei penal**, considerando **o risco concreto de fuga**, ante a possível reversão dos benefícios deferidos em sede de colaboração premiada perante a PGR – em especial a ampla imunidade concedida –, somado ao elevado patrimônio dos investigados no país e no exterior, que facilitaria sobremaneira a sua evasão do território nacional, bem como a efetiva saída desses do país logo após a divulgação do pacto firmado com o Ministério Público Federal" (fl. 248).

O discurso judicial, a esse respeito, não me pareceu fulcrado em dados concretos que lhe pudessem autorizar o prognóstico de fuga do paciente – faltou maior esforço para justificar o uso da medida cautelar extrema sob tal fundamento.

Também nesse ponto, adiro à observação da defesa, ao asserir que o decreto prisional labora em "uma presunção de fuga do paciente, sem que exista a mínima indicação de fatos concretos que corroborem a assertiva. Não há um documento ou relato que indique a intenção de fuga do Paciente, muito menos que iria desfrutar de patrimônio no exterior."

Deveras, o poder econômico, as facilidades de deslocamento, a existência de recursos e imóveis no exterior ou mesmo a iminência de ser desconstituído o acordo penal celebrado, em outro processo, com o Ministério Público Federal não autorizam inferir a fuga do paciente, de quem, a rigor, **não há notícia de, em algum momento, haver se negado a colaborar com as investigações e a comparecer aos atos investigatórios, quando solicitado.**

Entendo, assim, deva ser afastado tal fundamento entre os que utilizou a autoridade judiciária federal para decretar a prisão do paciente.

IV. Prisão preventiva e demais medidas cautelares como providências legítimas

À luz dessas considerações, não parece restar dúvidas de que o decreto de prisão preventiva teve lastro em elementos informativos idôneos a indicar a ocorrência de crime na conduta do paciente, tanto que, poucos dias depois, foi ofertada, em seu desfavor, denúncia pelo Ministério Público, sobre a qual se formou juízo positivo de admissibilidade, dando-se início ao processo a que atualmente responde perante o Juízo Federal de primeiro grau.

Igualmente não se identifica ilegalidade nem ausência de fundamentos na decisão hostilizada no *writ*, que se mostra formal e materialmente hígida – à exceção do ponto assinalado no item III.3 –, conforme compreensão exposta nas linhas pretéritas.

Julgo oportuno dizer que o uso da providência cautelar extrema, bem como de qualquer outra prevista em lei, é perfeitamente legítimo **em um Estado de Direito**, sob qualquer formatação, porque **a supressão ou a restrição eventual e temporária da liberdade humana é o custo que eventualmente se faz necessário arcar para permitir a sadia subsistência da sociedade, em face dos conflitos intersubjetivos** que mais gravemente afetam as relações entre os indivíduos integrantes da comunhão social.

O que se demanda sempre é a verificação do **equilíbrio, da criteriosa ponderação, entre os interesses em conflito**, i.e., o interesse estatal

de punir, de modo eficiente, autores de crimes quaisquer, em conformidade com as leis do país, e o interesse do acusado (mas que também é interesse do Estado) de proteger sua liberdade. Aliás, sobre essa aparente oposição de interesses também é pertinente a lição de Roxin, para quem, em um Estado de Direito, “la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano; **el Estado mismo está obligado por ambos fines – aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano**” (ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 258).

Certo é que esse conflito aparente (ou real?) entre interesses reflete-se nos direitos fundamentais relativos à persecução penal, os quais não se esgotam no dever estatal de proteção do acusado, em geral concretizado nos direitos e garantias individuais a que aludem vários dos incisos do art. 5º da Constituição Federal. A rigor, inserem-se nesse preceito constitucional outros mandamentos endereçados ao Estado, que podem, episodicamente, resultar na restrição das liberdades públicas, em nome de outros bens e interesses também protegidos pelo poder estatal, por igualmente interessarem à comunidade.

Entre eles sobressai o **direito à segurança**, colocado ao lado do **direito à liberdade** – sem segurança não há liberdade –, em igual estatura e importância, logo no *caput* do art. 5º da Carta Magna, o que implica afirmar que **o Estado está obrigado a assegurar tanto a liberdade do indivíduo contra ingerências abusivas do próprio Estado e de terceiros quanto a segurança de toda e qualquer pessoa contra ataques de outrem** – inclusive do acusado de um crime – mediante a correspondente e necessária ação coercitiva (*potestas coercendi*) ou punitiva (*ius puniendi*).

IV.1. Excepcionalidade e Provisoriedade da prisão preventiva

É preciso, no entanto, notar que, quando, em juízo de estrita necessidade, o Estado-Juiz se socorre de uma prisão preventiva, há de lembrar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, LXVI, da CF), e também que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (5º, LVII).

Regras internacionais chancelam esse entendimento. O **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, firmado na cidade de Nova Iorque, em 1966, estabelece, em seu art. 9º, item 3, que: “[...] **A detenção prisional de pessoas aguardando julgamento não deve ser regra geral**, mas a

sua libertação pode ser subordinada a garantir que assegurem a presença do interessado no julgamento em qualquer outra fase do processo e, se for caso disso, para execução da sentença.”

No mesmo sentido, alinham-se as **Regras de Tóquio**, ou Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-Privativas de Liberdade, nomeadamente o art. 6.1, o qual prevê que: “**A prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais**, tendo devidamente em conta o inquérito sobre a presumível infração e a proteção da sociedade e da vítima.”

Logo, a consequência lógica da presunção de não culpabilidade, no que diz respeito às prisões cautelares, é a de que **não se pode ter a restrição à liberdade humana como regra**, mas sim como exceção, o que, se não impede a decretação de uma medida que afeta a liberdade do investigado ou réu, impõe ao julgador tê-la como providência a ser adotada quando efetivamente necessária à preservação de algum interesse ou bem que se encontre sob risco com a plena liberdade do sujeito passivo da cautela.

Ademais, como reflexo de tal compreensão, importa observar que a nova redação dada aos artigos que compõem o Título IX do Código de Processo Penal, com a reforma de 2011, evidenciou com maior clareza a exigência de que a prisão preventiva, por ser a medida mais extremada (*extrema ratio*) entre todas as cautelares pessoais, **só deve ser imposta ao indiciado ou acusado quando outras medidas, agora elencadas no art. 319 do CPP, se mostrarem inadequadas ou insuficientes às exigências cautelares.**

Assinale-se que o art. 282 – tanto em seu § 4º (decretação da prisão preventiva “em último caso”) quanto em seu § 6º (decretação da preventiva quando não cabível sua substituição por outra medida cautelar) –, bem como o art. 310 do CPP, que condiciona a conversão da prisão em flagrante em preventiva à constatação de que são inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, deixam evidenciada a característica da **excepcionalidade** da prisão preventiva.

Outra decorrência da presunção de não culpabilidade é a **provisoriedade** de qualquer medida cautelar, especialmente a mais extrema, cuja validade somente perdura enquanto ainda presentes os motivos que lhe deram ensejo, inclusive quanto à impossibilidade de sua substituição por outras cautelas menos invasivas. É, pois, a prisão preventiva uma decisão tomada *rebus sic stantibus*, porquanto **sempre sujeita à verificação de seu cabimento**, quer

para eventual revogação, quando encerrada a causa ou motivo que a justificou, quer para sua **substituição por medida menos gravosa, na hipótese em que, mantido o *periculum libertatis*, seja esta última tão idônea (adequada) e suficiente a alcançar o mesmo objetivo daquela**, o que se coloca em conformidade com a redação atual do art. 282, § 5º, do Código de Processo Penal.

Tal, aliás, é a preocupação das legislações estrangeiras mais modernas, em que se prevê um “procedimento examinatório”, de maneira a exigir que o magistrado proceda a uma reavaliação periódica da legalidade da prisão cautelar.

O Código de Processo Penal de **Portugal**, por exemplo, prevê, no art. 213, que: “**Durante a execução da prisão preventiva o juiz procede officiosamente, de três em três meses, ao reexame da subsistência dos pressupostos daquela, decidindo se ela é de manter ou deve ser substituída ou revogada**”.

Similar é a redação do novo Código de Processo Penal da **Costa Rica**, que preceitua, em seu artigo 257, I, que a prisão preventiva deverá cessar, em qualquer momento do processo, quando “*nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron ...* “. Para dar efetividade a tal regra, a legislação da Costa Rica determina que o juiz analise, de ofício, ou por provocação da parte “*por pelo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso*”, que determine “*su continuación, modificación, o sustitución por outra medida o la libertad del imputado*” (art. 253, par. II).

No mesmo sentido dispõem a StPO da **Alemanha** (§ 122) e o Código de Processo Penal da **Itália** (art. 299.2).

IV.2. O contraponto necessário

Decerto que o **Direito Penal, ontológica e funcionalmente, é contramajoritário**. No entanto, a ausência de efetividade das leis penais no Brasil, com **alarmantes índices de impunidade, catalisa comportamentos criminosos** que se inibiriam, seguramente, ante um Estado que se mostrasse menos débil e que cumprisse, no âmbito de seu poder punitivo, a função de dar a resposta, **de modo célere e proporcional, e após o devido processo penal**, às violações mais graves às normas de convivência.

Superior Tribunal de Justiça

Não há como deixar de recordar, nesse particular, a antiga, porém atual, lição de Beccaria, em seu seminal livreto *Dos Delitos e das Penas*, no qual, *inter alia*, pontua que "não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo" e, ainda, que "quanto mais pronta for a pena e mais de perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será".

O pensamento é atemporal e serve para se refletir sobre nossa realidade, haja vista os **elevados índices de crimes** praticados neste país e, por lado oposto, os **ínfimos índices de esclarecimento e punição desses crimes**. Com efeito, o Brasil registrou, em 2016, 59.080 homicídios, o que representa 28,9 mortes a cada 100 mil habitantes (Atlas da Violência 2017). Não bastasse tamanha ignomínia de nossa realidade social, o percentual de elucidação desses crimes é baixíssimo no Brasil, chega em alguns estados, como o Rio de Janeiro, a menos de 4% dos homicídios praticados (Disponível em <http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2016/11/inqueritos-de-homicidios-por-todo-o-brasil-sao-arquivados-em-massa.html>, acesso em 12/02/2018).

Inquietante, por outro lado, é o **número de pessoas efetivamente punidas pela prática dos denominados crimes de colarinho branco**. Resultados de conhecida pesquisa empreendida por Ela Wiecko de Castilho sobre criminalidade econômico-financeira, entre 1986 e 1995, apresentaram os seguintes resultados: **dos 682 casos examinados, 77** foram objeto de algum tipo de decisão; desses, **62** foram arquivados sem denúncia do Ministério Público e **15** chegaram ao fim do processo, dos quais **10** resultaram em sentença absolutória e apenas **5** foram condenados, o que representa **0,88 % do total inicial de ocorrências oficialmente investigadas**, desconsiderada, portanto, a cifra negra (crimes não notificados) que, nesse tipo de criminalidade, é ainda maior (do que na convencional) e **recebe, por isso, a qualificação de cifra dourada** (*O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001).

Ademais, dados mais atuais – nem tanto, pois são de 2014, do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, – indicam que a realidade não se alterou substancialmente desde aquele estudo, pois, das 622.202 pessoas recolhidas, naquele ano, em estabelecimentos prisionais no Brasil, menos de 1% representava condenados por crimes contra a administração pública (como corrupção e peculato).

Todos esses números servem para autorizar cobranças por providências urgentes e concretas voltadas a modificar esse cenário, de sorte a elevar o Brasil a um patamar similar ao existente em diversos outros

povos, nos quais não se cometem tantos crimes e nos quais autores desses delitos são, em larga medida, efetivamente punidos, a tempo e modo compatíveis com um Estado de Direito em que a dignidade da pessoa humana deve ser um de seus pilares mais sólidos.

Daí o porquê de afirmar-se a necessidade, por parte dos intérpretes e aplicadores das leis em geral, de uma **perspectiva objetiva dos direitos fundamentais**, que não somente legitima eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais – preservando-se, evidentemente, o núcleo essencial de cada direito – que passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146).

Por consequência, ao Estado-Juiz, como órgão responsável pela jurisdição penal, caberá apreciar qual dos interesses aparentemente contrapostos, o poder punitivo ou o poder de coerção, de um lado, e o direito à liberdade, de outro, há de prevalecer na situação concreta que lhe é colocada a decidir.

Particularmente **no que diz respeito à prisão cautelar**, esse dilema se resolverá tendo em conta, por óbvio, o direito subjetivo do acusado à liberdade, sem descurar, todavia, do **dever fundamental de prestar segurança à vítima, a terceira pessoa ou à comunidade como um todo** – sobretudo no caso de decreto de prisão para a garantia da ordem pública ou econômica –, eventualmente ameaçadas pelo comportamento do acusado. Por conseguinte, será tanto **ilegítima a omissão estatal do dever de proteção da sociedade**, por atuação insuficiente dos seus órgãos repressivos, **quanto o excesso cometido em desfavor do imputado**, ao argumento de ser devida a proteção penal efetiva de toda a coletividade.

V. A suficiência das medidas alternativas à prisão

O Juízo federal competente afastou a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva (previstas no art. 319 do CPP), "dado que, como apontado pela i. Autoridade Policial, as práticas delitivas atribuídas aos investigados podem se realizar a distância, por um simples contato telefônico ou telemático, o que inviabiliza efetividade do mero comparecimento mensal em Juízo, da proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, da proibição de ausentar-se da Comarca, da proibição de manter contato com pessoa determinada, do recolhimento domiciliar, da suspensão do exercício de

funções ou mesmo da fiança, dado que nenhum desses meios é adequado para se evitar que os investigados venham a delinquir" (fls. 248-249).

Cabe-nos, então, para o exame da pretensão defensiva, avaliar a subsistência desses motivos declinados pela autoridade judiciária para manter a custódia preventiva como única **providência idônea e suficiente a atender aos interesses processuais e sociais envolvidos**.

Impõe sublinhar, inicialmente, que a nova realidade normativa introduzida pela Lei n. 12.403/2011 exige dos profissionais do direito, sobretudo dos magistrados, **uma diferente compreensão sobre o tema das cautelas pessoais no processo penal**. É descabido o apego a doutrinas e a convicções ideológicas não mais sustentáveis à luz da novel normativa.

Por conseguinte, na estrutura do processo penal cautelar vigente, o intérprete e aplicador do Direito há de voltar seus olhos, de modo muito atento, ao que dispõe o art. 282 do CPP, particularmente os seus dois incisos do *caput*, que evidenciam a necessidade de que se levem em consideração, para a tomada de decisão sobre uma medida cautelar de natureza pessoal, **interesses tanto processuais quanto sociais, e, também, para circunstâncias relacionadas ao sujeito passivo da medida e ao crime cometido**.

Refiro-me, quando aludo a **interesses tanto processuais quanto sociais**, àqueles fatores que legitimam qualquer medida cautelar de natureza pessoal – inclusive a prisão preventiva –, é dizer, os motivos que consubstanciam a necessidade de sacrificar a liberdade do investigado ou do acusado, por representar ela um perigo (*periculum libertatis*) à investigação ou à instrução do processo, à aplicação da lei penal ou à ordem pública ou econômica. Observe-se que, no tocante às cautelas em geral, a diferença da redação quanto a esses motivos se dá tão somente na terceira hipótese configuradora da exigência cautelar a que remete o art. 282, I, do CPP (“para evitar a prática de infrações penais”), **opção redacional que deu um sentido mais concreto e técnico à vaga expressão *garantia da ordem pública***, ainda referida no art. 312 do CPP como motivo para a prisão preventiva.

Sendo assim, tanto a prisão preventiva (*stricto sensu*) quanto as demais medidas cautelares pessoais introduzidas pela Lei n. 12.403/2011 destinam-se a **proteger os meios** (a atividade probatória) e **os fins** do processo penal (a realização da justiça, com a restauração da ordem jurídica e da paz pública e, eventualmente, a **imposição de pena** a quem for comprovadamente culpado), **ou, ainda, a própria comunidade social**, ameaçada ante a

perspectiva de abalo à ordem pública pela provável prática de novas infrações penais. **O que varia, portanto, não é a justificativa ou a razão final das diversas cautelas (inclusive a mais extrema, a prisão preventiva), mas a dose de sacrifício pessoal decorrente de cada uma delas.** Vale dizer, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, ao contrário do que ainda pensam alguns, **pressupõe a existência de fundamentos**, devidamente explicitados, **para a imposição da cautela máxima**, mas que, em **juízo de proporcionalidade**, tornam-se excessivos diante da constatação de que essas outras medidas, **igualmente fincadas no periculum libertatis**, podem ser idôneas e suficientes para, em **grau menor de intervenção na liberdade humana**, atender à situação concreta.

A seu turno, quando me reporto às **circunstâncias relacionadas à pessoa** que será objeto da medida cautelar e **ao crime a ela imputado**, estou a dizer que o aplicador da lei não poderá deixar de atentar para as circunstâncias que subjazem, concretamente, à prática do crime, bem assim as condições pessoais do indiciado ou acusado (conforme o art. 282, II, CPP).

Com essas premissas assentadas, terá em conta o juízo competente que, na miríade de providências cautelares previstas nos arts. 319, 320 e 321, todos do CPP, **a decretação ou a manutenção da prisão preventiva se legitima, como densificação do princípio da proibição de excesso, somente para aquelas situações em que as alternativas legais à prisão não se mostrarem idôneas e suficientes** a proteger o bem ameaçado pela irrestrita e plena liberdade do indiciado ou acusado.

É essa, precisamente, a ideia da **subsidiariedade processual penal**, que permeia o princípio da proporcionalidade, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade (**proibição do excesso**): o juiz somente poderá decretar (ou manter) a medida mais radical – a prisão preventiva – quando não existirem outras medidas menos gravosas ao direito de liberdade do acusado por meio das quais seja possível alcançar os mesmos fins colimados pela prisão cautelar. Trata-se de uma **escolha comparativa**, entre duas ou mais medidas disponíveis – *in casu*, a prisão preventiva e alguma(s) das outras arroladas no art. 319 do CPP – igualmente adequadas e suficientes para atingir o objetivo a que se propõe a providência cautelar.

Por esse subprincípio, pretende-se “evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível outro

meio igualmente eficaz, mas menos 'coativo', relativamente aos direitos restringidos” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 1989, p. 488).

Muito embora, por óbvio, a escolha da medida cautelar adequada ao caso concreto constitua uma discricionariedade judicial, atenta ao disposto no inciso I do art. 282 do CPP (adequação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado), a presunção de inocência – que atrai a ideia da excepcionalidade de qualquer medida cautelar – implica reconhecer que as medidas cautelares de cariz coercitivo devem respeitar “*il criterio del minore sacrificio necessario, secondo cui la restrizione della libertà personale deve essere contenuta entro i limiti indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari nel caso concreto*” (TONINI, Paolo. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Milão: Giuffrè, 2016, p. 233).

Saliente-se, a esse respeito, que **a análise da eficácia da medida não deve ter em mira o meio mais eficaz, porém o meio suficientemente eficaz**, visto que “a medida mais gravosa assegura com maior intensidade que a medida mais benigna a consecução do fim perseguido, de sorte que o juízo de necessidade simplesmente deixaria de existir, sendo substituído pelo critério da maior eficácia” (FELDENS, Luciano. *A constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 164).

Dito isso, e estando ainda presente, segundo sustentado neste voto, a necessidade de atender aos interesses cautelares sob risco (instrução criminal e evitação de novos crimes – art. 282, I, CPP), passo à análise da gravidade do crime e de suas circunstâncias, bem como das condições pessoais do paciente (art. 282, II, CPP), para, em seguida, **concluir pela suficiência de medidas alternativas à prisão preventiva**.

V.1. Gravidade do crime, suas circunstâncias e as condições pessoais do paciente

O paciente é acusado da prática dos crimes de uso indevido de informação privilegiada (art. 27-D da Lei n. 6.386/1976), mais conhecido como *insider trading*, e de manipulação do mercado, positivado no art. 27-C da mesma lei.

Ambos os crimes cominam pena mínima de 1 ano de reclusão; divergem apenas quanto à pena máxima, 5 anos para o crime do art. 27-D e 8

anos para o delito do art. 27-C.

A denúncia pede a aplicação de concurso material entre as condutas, de sorte que, somadas as penas – desde que, evidentemente, sejam condenados a ambos os ilícitos penais e concorde o juiz tratar-se de concurso material de crimes – a pena mínima se elevaria para 2 anos de reclusão e a máxima, a 13 anos, o que torna **inviável qualquer prognóstico de uma pena futura**, em caso de condenação, **a problematizar, portanto, a alegação defensiva de que o paciente, se condenado, receberá o regime aberto ou o semiaberto.**

É de concluir-se que, do ponto de vista normativo, não se trata de crimes de particular gravidade. Entretanto, e como já salientado no voto, a gravidade dos delitos imputados ao paciente radica nas circunstâncias em que foram cometidos, nas consequências que deles derivaram e nos importantes impactos causados na economia, na política e no cotidiano das pessoas em geral.

De fato, o cometimento dos crimes imputados ao paciente deu-se no meio de processo de colaboração premiada, cuja repercussão haveria sido antevista pelo paciente e por seu irmão, o que, nos termos da denúncia, levou-os a, cientes das informações confidenciais sobre o conteúdo do acordo penal e com as facilidades de operação no mercado de ações e de derivados do dólar, auferir vultosos lucros, estimados na ordem de 100 milhões de reais (na operação cambial), além de evitar uma perda patrimonial de suas empresas de quase 140 milhões de reais, ante a acentuada desvalorização do ativo financeiro (fl. 266). Os impactos dessas operações também se fizeram sentir na política, com a instalação de uma Comissão Parlamentar Mista, a CPMI da JBS, provocando, também, generalizada reação popular, fato público e notório que dispensa comprovação.

Quanto às condições pessoais do paciente, não há muito o que anotar, por carência de informações nos autos, certo que somente a partir do que está documentado no processo de habeas corpus pode-se extrair ilações relativas aos fatos não notórios.

Sabe-se apenas que está o paciente sob a condição de colaborador da justiça, em acordo suspenso pelo Supremo Tribunal Federal a pedido da PGR, em virtude de alegada ocultação de informações ao titular da ação penal, o que é objeto de procedimento em curso naquela Corte. Como dito no voto, **não se pode tomar tal fato como desfavorável ao paciente, ao menos até a**

conclusão daquele procedimento e com a revisão do acordo penal.

Indicam os autos, a seu turno, que o paciente, **enquanto esteve em liberdade, compareceu aos atos processuais, prestou depoimento à Comissão de Valores Mobiliários, atendeu aos chamados da autoridade policial que conduziu as investigações, e não há evidências de que, nos meses em que esteve solto, após a formalização do inquérito policial, tenha interferido em atos de investigação.**

Ainda, releva mencionar que **boa parte dos bens do paciente e de seu irmão foi embargada judicialmente**, em decorrência de medida assecuratória – sequestro –, cuja decisão foi suspensa em razão da proposta de apresentação de seguro-garantia, pelos irmãos Batista, no total de R\$238.000.000,00 (duzentos e trinta e oito milhões de reais), **suficiente, como afirmou a autoridade judiciária competente, para garantir o adimplemento de eventuais indenização, prestação pecuniária, multa e custas processuais, em caso de condenação.**

A conclusão que me parece possível obter, a partir de tudo o que se considerou na análise do *writ*, é que a decisão judicial que decretou a prisão preventiva do paciente foi acertada, **no momento em que proferida**, e que **ainda estão presentes motivos que autorizam intervenção cautelar em desfavor do paciente.**

Porém, **passados já quase nove meses da conjecturada prática ilícita e caminhando-se para seis meses do cumprimento da ordem de prisão do paciente**, o risco da reiteração delitiva e de interferência na instrução criminal se enfraqueceu, não a ponto de desaparecer totalmente, mas **em grau bastante para justificar a substituição da prisão preventiva por medidas outras, restritivas à liberdade e a direitos do paciente**, as quais, em juízo de proporcionalidade e à luz do que dispõem os arts. 282 e 319 do Código de Processo Penal, se mostram **adequadas e suficientes para, com menor carga coativa, proteger o processo e a sociedade de possíveis e futuros danos que a plena liberdade do paciente poderia causar.**

Cumprе enfatizar que **o paciente e seu irmão não mais ocupam postos na direção das empresas** envolvidas nas noticiadas ilicitudes penais; estão com a **quase totalidade de seu patrimônio embargada** judicialmente, dele não podendo dispor livremente; suas relações com políticos e agentes públicos certamente se desgastaram e se fragilizaram, além de estarem **sob o olhar atento do Poder Judiciário**, ante a iminência de julgamento do pedido de

revisão do acordo de colaboração premiada realizado com o Ministério Público Federal. Qualquer movimento equivocado ou pequeno desvio de comportamento poderá, doravante, ser decisivo para trazer prejuízos pessoais irreparáveis para os irmãos Batista, de modo que, a meu aviso, a substituição da prisão preventiva por diversas outras medidas cautelares é o caminho correto a trilhar.

Antes de concluir o voto, faz-se oportuna uma lateral digressão.

Na qualidade de **guardião das leis e da Constituição**, o Poder Judiciário deve orientar-se pelos valores e pelas conquistas civilizatórias que, no âmbito da jurisdição criminal, impõem-lhe um proceder racional, prudente e equilibrado no exame das controvérsias e litígios humanos.

Por maior que deva ser, no plano ideal, a coincidência da vontade popular com as decisões judiciais, a independência jurídica e política dos órgãos que integram o Poder Judiciário os leva, frequentemente, a dissociarem-se da vontade da maioria, acima de tudo porque as convicções materializadas em decisões judiciais se apoiam, mediante a **devida fundamentação – sujeita ao escrutínio das partes e da sociedade – em premissas técnicas**, integrantes de um universo desconhecido de boa parte da população. Ademais, nem sempre as pessoas em geral têm **conhecimento dos detalhes e das circunstâncias fático-jurídicas** a serem consideradas em uma decisão, e nem sempre estão vinculadas aos **compromissos deontológicos e epistemológicos** que legitimam a atividade judicante.

As expectativas da sociedade em relação às decisões do Poder Judiciário costumam valer para todo e qualquer crime, violento ou não, mas têm sido fomentadas, nos últimos tempos, por uma **mudança do perfil dos que costumavam ser presos**, em flagrante ou preventivamente, e assim mantidos ao longo do processo ou parte dele. É que, além dos crimes tradicionalmente mais incômodos ao convívio social, por envolverem violência ou grave ameaça, como roubos, homicídios e estupros – a par de outros que, conquanto não se realizem, necessariamente, por meios violentos, são de geral e forte repúdio, como é o caso do tráfico de entorpecentes – também passaram a ser alvo mais corriqueiro de ações policiais e de processos judiciais os assim chamados crimes de colarinho branco, tais como corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de capitais, fraudes em licitações e outros ilícitos correlatos.

É muito alvissareiro, a meu sentir, que o sistema de justiça criminal brasileiro esteja passando por esse momento de eliminação de guetos intocáveis e de estamentos imunes a ações concretas e a punições devidas –

cicatrizes inescandíveis de um sistema punitivo tradicionalmente seletivo –, mas é preciso cuidar para não descartar, em meio à água suja de todo esse passado de privilégios, aquilo que as ciências penais e as sociedades pós-iluministas conquistaram de positivo.

VI. Dispositivo

À vista de todo o exposto, voto no sentido de conceder parcialmente a ordem de habeas corpus, para substituir a prisão preventiva de **Joesley Mendonça Batista** pelas seguintes medidas cautelares, positivadas no art. 319, I, II, III, IV, VI e IX, do Código de Processo Penal:

I) compromisso de comparecimento em Juízo, para todos os atos designados pela autoridade competente, e de manter atualizado o endereço no qual poderá receber intimações;

II) proibição de se aproximar e de manter contato pessoal, telefônico ou por meio eletrônico ou virtual com os outros réus, testemunhas arroladas pela defesa e pela acusação, ou pessoas que possam interferir na produção probatória;

III) proibição de participar, diretamente ou por interposta pessoa, de operações no mercado financeiro, e de ocupar cargos ou funções nas pessoas jurídicas que compõem o grupo de empresas envolvidas nas ilicitudes objeto da ação penal a que respondem;

IV) proibição de ausentar-se do Brasil, salvo autorização expressa do juízo competente;

V) monitoração eletrônica.

Tais medidas visam a evitar o cometimento de novas infrações penais e a assegurar o correto desenvolvimento da atividade probatória no processo a que responde o paciente perante o Juízo federal de primeira instância, bem como a monitorar seus movimentos, de forma a garantir a observância das demais cautelas restritivas à sua liberdade.

Superior Tribunal de Justiça

Alerte-se ao paciente que **o descumprimento injustificado das medidas cautelares poderá importar no imediato restabelecimento da prisão preventiva**, como também poderá ser esta novamente decretada se sobrevier situação que configure a exigência da cautelar mais gravosa.

As medidas cautelares ora impostas – cuja aplicação depende do julgamento do mérito da AC n. 4.352/DF (STF, Rel. Ministro Edson Fachin), na qual consta outro decreto prisional em desfavor do paciente – poderão ser a qualquer tempo modificadas ou adaptadas pela autoridade judiciária responsável pelo processo em curso no primeiro grau de jurisdição, e deverão ser objeto de nova avaliação na hipótese de sobrevir sentença condenatória.