

PR/DF
Fls. n.º 324
Rub. 9



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

Exm.º Sr. Dr. Juiz Federal da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Autos n.º 1.16.000.00434/2011-15

Manifestação n.º 84 /2012-GP/PRDF

O Ministério Público Federal vem, respeitosamente, à íntima presença de Vossa Excelência expor e requerer o que se segue.

I - Relatório

Os autos em epígrafe foram autuados na Seção Criminal a partir de iniciativa do Exm.º Procurador da República Paulo José Rocha Júnior, fundamentada nos seguintes argumentos:

"Diante da declaração pública do Exmo. Procurador-Geral da República publicada no jornal Folha de São Paulo de hoje, 04 de outubro, segundo a qual a instauração de investigação criminal em face do Sr. Antonio Palocci Filho poderia ser validada pela primeira instância 'sem qualquer problema', encaminho cópia da representação que foi protocolada na PGR no dia 08 de agosto, para análise de eventual ocorrência de crime e de notícia de nova prova.

Registre-se que não houve qualquer resposta oficial da PGR ao signatário. Ao contrário, em 03 de outubro,

empresa Projeto encaminhou arrazoados e documentos que, a seu ver, justificariam os atos narrados ao PGR. Cópia da informação da empresa também está anexa.

Caso seja do interesse do procurador natural, a documentação poderá ser requisitada ao signatário para fins de instrução da notícia-crime."

A afirmação do Procurador-Geral da República, referida pelo Procurador da República Paulo José Rocha Júnior, muito provavelmente decorreu do fato de que os procedimentos PGR/MPF nºs 1.00.000.006832/2011-45, 1.00.000.006833/2011-90, 1.00.000.007013/2011-15 e 1.00.000.007016/2011-59, todos tendo por objeto eventuais crimes praticados por Antonio Palocci Filho, haviam sido arquivados pelo próprio Procurador-Geral da República monocraticamente. Como, no âmbito do procedimento preparatório para inquérito civil público n.º 1.16.000.002052/2011-66, que tem por objeto os mesmos fatos, contudo na esfera cível, foram colhidos outros elementos de prova com possível repercussão na esfera criminal, ambos, o Procurador-Geral da República e o doutor Paulo José da Rocha Júnior, alcançaram o raciocínio referido.

Os procedimentos que foram arquivados pelo Procurador-Geral da República resultaram de representações formuladas pelo Deputado Federal Rubens Bueno e pelos Senadores Álvaro Fernandes Dias, Itamar Augusto Cautiero Franco, Demóstenes Lázaro Xavier Torres, Randolph Frederick Rodrigues Alves e Jarbas de Andrade Vasconcelos, noticiando supostos fatos ilícitos de autoria, em tese, do Ministro-Chefe da Casa Civil, Antonio Palocci Filho.

Os fatos foram relatados pelo Procurador-Geral da República da seguinte forma:

a) o representado, no período de 2006 a 2010, quando exercia o mandato de Deputado Federal, percebeu renda aproximada de R\$ 974.000,00, tendo adquirido no mesmo período, em nome de sua empresa Projeto Administração de Imóveis, dois imóveis no valor total de R\$ 7.574.000,00 (sete milhões, quinhentos e setenta e quatro mil reais);

b) a disparidade entre a estrutura empresarial da Projeto e a receita auferida pela empresa seria "incompatível com o que de cotidiano ocorre no mercado de prestação de serviços de consultoria" — a empresa Projeto teria o mesmo patamar de renda das maiores empresas de consultoria do país sem que tivesse estrutura empresarial para o exercício de atividades que justificassem a receita obtida, sendo que o aumento significativo de sua receita ocorreu exatamente no período em que o representado esteve à frente da campanha eleitoral da atual Presidente da República, Dilma Rousseff;

c) a disparidade entre o patrimônio e a renda obtidos no período em que o representado exerceu o mandato parlamentar e a sua recusa em declinar quem seriam os seus clientes 'permitem supor que tão vultosos pagamentos feitos, a título de consultoria, relacionam-se intimamente à influência do ministro Palocci dentro do governo federal';

d) o COAF teria registro, como movimentação suspeita, de operação financeira de compra, pela Projeto, de imóvel de propriedade de uma empresa cujos sócios estariam sob investigação policial;

e) a Projeto teria como clientes empresas que efetuaram doações ao Partido dos Trabalhadores por ocasião das eleições de 2010;

f) a relação entre as empresas Projeto, Wtorre e Engevix com o Partido dos Trabalhadores 'aponta de forma mais clara para o esquema de tráfico de influência operado pelo Ministro da Casa Civil, Antônio Palocci': a Wtorre, que teria contrato com a Projeto, 'fechou negócios com os fundos de pensão FUNCEF (Caixa Econômica Federal) e Previ (Banco do Brasil) e com a Petrobras que somam 1,3 bilhão de

reais, tendo, no mesmo período feito doações à campanha eleitoral do representado, no valor de R\$ 119.000,00, e da Presidente Dilma Rousseff, no valor de R\$ 2.000.000,00;

g) o representado teria utilizado a estrutura governamental "para obter ganhos desproporcionais em relação à atividade econômica que exerce, acrescentando seu patrimônio sem que para isso haja outra explicação que não tráfico de influência";

h) o representado apresentou emenda individual ao Orçamento da União, de nº 359904, de 17 de novembro de 2008, destinando recursos à Fundação Feira do Livro de Ribeirão Preto, que teria como vice-presidente a esposa do seu irmão, Heliana da Silva Palocci.

No dia 8 de agosto de 2011, o Procurador da República Paulo José Rocha Júnior peticionou ao Procurador-Geral da República nos seguintes termos:

"Foi noticiada publicamente a decisão de arquivamento de V. Exa no caso envolvendo o ex-ministro chefe da Casa Civil, Antonio Palocci Filho.

A análise de tal decisão revela que as representações careciam de um mínimo de suporte fático, levantando tão somente conjecturas sobre as circunstâncias que levaram ao sucesso empresarial da empresa Projeto.

Ocorre que, no curso do citado Procedimento 1.16.000.002052/2011-66, ainda em instrução, foi produzida documentação que poderá ensejar a revisão do juízo de suporte probatório apto a justificar a instauração de investigação de natureza criminal, análise, contudo, que deve ser empreendida pelo procurador natural.

Com efeito, da leitura da decisão de arquivamento criminal emerge que os fatos que se apresentarão a seguir não foram submetidos ao crivo de V. Exa., até pela circunstância de que alguns documentos foram produzidos posteriormente no bojo do procedimento preparatório."

Em seguida, o Procurador da República Paulo José Rocha Júnior passou a descrever três contratos da empresa Projeto que poderiam ser objeto de investigação criminal. São eles:

1) Primeiro Contrato: firmado em 1º de julho de 2009, com vigência de 180 (cento e oitenta) dias, tinha por objeto a "internacionalização das operações" da Projeto "buscando ingressar em novos mercados". Os serviços a serem prestados consistiriam na avaliação de ativos e passivos da empresa-alvo e no assessoramento da contratante -- FRIGORÍFICO FRIBOI JBS -- em processo de negociação para aquisição de empresa estrangeira -- 64% (sessenta e quatro por cento) do capital total da PILGRIM'S PRIDE CORPORATION (PILGRIM'S). Sua remuneração era constituída de honorários de adiantamento e de comissão de êxito, devida na concretização do negócio.

Após discriminar em ordem cronológica e número de notas fiscais os pagamentos, esclareceu-se que, segundo os advogados da empresa Projeto, sua participação teria sido contratada por meio de "análise das perspectivas de mercado".

Para a concretização do negócio de aquisição pela contratante da empresa Projeto da empresa estrangeira, foi essencial a participação do BNDESPar, que, ao invés de conceder empréstimo, subscreveu debêntures da contratante, operação na qual não há cobrança de juros nem aumento na exposição da contratante. O compromisso de apoio resultou num investimento total de **R\$ 3.477.567.913,60 (três bilhões, quatrocentos e setenta e sete milhões, quinhentos e sessenta e sete mil, novecentos e treze reais e sessenta centavos)**.

Para o Procurador da República Paulo José Rocha Júnior, a "entrada do BNDES no negócio, durante o prazo de vigência do contrato, aponta uma possível influência do representado, ex-ministro da fazenda e então deputado federal, cuja remuneração estava vinculada ao fechamento da operação. Reitere-se, sem a participação do banco estatal não haveria fechamento do negócio e nem pagamento da maior parte da

remuneração ao contratado, que, nos termos do acordo, participou da 'definição da proposta adequada de aquisição, assim como as condições gerais de conclusão do negócio'."

2) Segundo Contrato: o segundo contrato foi verbal, em que pese ter sido o maior pagamento feito à empresa Projeto. Seu objeto dizia respeito ao assessoramento do escritório de advocacia Márcio Thomaz Bastos Advogados ao Grupo Pão de Açúcar durante o processo de fusão e aquisição das Casas Bahia.

O Procurador da República Paulo José da Rocha Júnior argumenta que o escritório de advocacia em questão não tem atuação na área de fusões e aquisições, não havendo peticionado no procedimento junto ao CADE; a empresa de consultoria que participou ostensivamente do negócio, e que detinha exclusividade na assessoria da empresa contratante, informou que não tem notícia da participação do escritório de advocacia contratante ou da empresa Projeto no caso; o escritório de advocacia subcontratou a empresa Projeto e os pagamentos deveriam ter sido feitos apenas após a homologação do negócio pelas empresas contratantes.

Afirma que, na hipótese dos serviços terem sido efetivamente prestados, poderia se cogitar de tráfico de influência, dada a referência a órgãos competentes, supostamente o CADE, e, se não houver ocorrido a prestação de serviços, seria o caso de falsidade ou mesmo lavagem de dinheiro.

3) Terceiro Contrato: foi firmado em 1º de julho de 2010, com prazo de vigência de 50 (cinquenta) meses e tendo por objeto a prestação de serviços de consultoria *"no intuito de analisar e assessorar a concretização de investimentos em projetos na área de produção, comercialização e financiamento"* do objeto de negócio da contratante, empresa do Grupo Hyundai, e, mais especificamente, *"procurar definição de investimento em nova planta"* ou análise da situação financeira de empresa alvo para aquisição.

A remuneração seria de honorários iniciais adicionados de comissão de êxito devida *"quando da aquisição de ativos e realização de investimento."*

Segundo o Procurador da República Paulo José Rocha Júnior:

"(...) os advogados da Projeto fazem longa descrição de serviços prestados ao grupo empresarial. Todavia, quase todos os investimentos pretendidos no citado

contrato se beneficiariam de inclusão do grupo empresarial em regime tributário especial.

Seria, no mínimo, anti-ética (ou, nos termos de diversas cartas de rescisão: em confronto com o 'imperativo deontológico') a celebração de contrato de 50 meses em conjunto com o exercício de mandato parlamentar e a coordenação de campanha presidencial para, logo após, rescindi-lo.

A situação se torna mais complexa quando houve intensa movimentação governamental sobre os benefícios tributários a serem concedidos para a empresa, em momento em que o representado já exercia influência direta sobre os rumos do governo.

Por fim, não se identificou nenhum fato que poderia caracterizar a implementação da condição prevista no contrato para o pagamento de 89% da cláusula de sucesso, seja nas informações da empresa, seja no noticiário."

Autuados, distribuídos os autos ao 6º Ofício Criminal e movimentados ao 3º Ofício Criminal, foram solicitados os autos já arquivados pelo Procurador-Geral da República para análise de eventual necessidade de apreciação da matéria à luz do artigo 18 do Código de Processo Penal e do Enunciado n.º 524 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (fls. 39/48).

O doutor Antonio Palocci Filho, por seu advogado, doutor Luis Justiniano de Arantes Fernandes, pediu vista dos autos, prontamente deferida, e o doutor Márcio Thomaz Bastos, por seu ilustre advogado, doutor Celso Vilardi, apresentou espontaneamente o r. arrazoadado de fls. 72/81, acompanhado dos documentos de fls. 82/225, também obtendo vista integral dos autos.

Juntados em apenso os autos encaminhados pelo Procurador-Geral da República, vieram os autos conclusos.

Posteriormente, a defesa técnica do doutor Antonio Palocci Filho requereu a juntada dos documentos de fls. 243/5.

Finalmente, aportaram os documentos de fls. 246/321. encaminhados pelo Procurador-Geral da República.

Assim postos os fatos, passo a apreciar a representação criminal do Procurador da República Paulo José Rocha Júnior.

II – Preliminar: Não incidência do artigo 18 e da Súmula/STF 524

Em primeiro lugar, é importante frisar que os três contratos objeto da representação do Procurador da República Paulo José Rocha Júnior não foram apreciados pelo Procurador-Geral da República.

O simples cotejo dos fatos narrados pelo Deputado Federal e pelos Senadores da República com os descritos pelo Procurador da República Paulo José da Rocha Júnior demonstram que são completamente distintos, não havendo que se falar em novas provas ou em fato novo conexo com os fatos objeto da promoção de arquivamento, muito menos em qualquer forma de sobreposição entre eles ou de repetição ou identidade.

Ao contrário, além de serem inteiramente diferentes, os fatos não possuem qualquer ligação ou relação de conexão com os que foram objeto da promoção de arquivamento, o que afasta a incidência do artigo 18 do Código de Processo Penal e da Súmula/STF 524.

Destaque-se, a propósito, que o único fato concreto, ou seja, com grau mínimo de detalhamento, referente ao crime de tráfico de influência, que foi objeto de representação pelos parlamentares e mencionado na promoção de arquivamento do Procurador-Geral da República, relaciona-se com os fundos de pensão FUNCEF e PREVI, além da Petrobras. Como se vê, não há qualquer relação entre esses fatos e a operação de aquisição de empresa estrangeira pela JBS, a apreciação pelo CADE da operação de aquisição e fusão das Casas Bahia pelo Grupo Pão de Açúcar ou de obtenção de regime tributário especial pela Hyundai, em todos os casos com influência indevida da empresa Projeto.

Por outro lado, há menção, em nível genérico, de utilização da estrutura governamental para realização de tráfico de influência; contudo, a afirmação feita repita-se, com alto grau de abstração, por isso mesmo não tem o condão de inviabilizar a

investigação de notícia-crime como a de que se cuida nos autos, que contém elementos mínimos de individualização e especificação do fato, diferenciando-o claramente dos fatos, igualmente detalhados, que foram objeto dos procedimentos arquivados pelo Procurador-Geral da República.

Em razão do exposto, e estando plenamente caracterizado que a representação criminal não desafia de qualquer forma a decisão de arquivamento do Procurador-Geral da República e nem enseja o reexame da matéria a luz do artigo 18 do Código de Processo Penal e da Súmula/STF 524, torna-se forçoso concluir pela ausência de óbice para a apreciação do mérito, o que passa a ser feito.

III – O Primeiro Contrato: Caso JBS e BNDESPar

O BNDES, por via da Nota Técnica Conjunta n.º AMC/DEPAC n.º 028/2010 e AI/DEAGRO n.º 025/2010, de 10 de setembro de 2010, e respondendo questionamento feito pela Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro por via do Ofício n.º 227/2010/PR/RJ/GAB/CB, prestou informações a respeito do empreendimento, destacando-se o seguinte trecho final:

"A JBS informou, por meio de Comunicados ao Mercado, divulgados em 05/02/2010 e 19/02/2010, ter concluído a emissão das 2.000.000,00 (duas milhões, de debêntures, com valor individual de R\$ 1.739,80 (um mil, setecentos e trinta e nove reais e oitenta centavos), perfazendo um total de R\$ 3.479.600.000,00 (três bilhões, quatrocentos e setenta e nove milhões, seiscentos mil reais).

Deste montante, a BNDESPAR subscreveu o equivalente a R\$ 3.477.567.913,60 (três bilhões, quatrocentos e setenta e sete milhões, quinhentos e sessenta e sete milhões, novecentos e treze reais e sessenta centavos), os outros R\$ 2.032.086,40 (dois milhões, trinta e dois mil e oitenta e seis reais e quarenta centavos) foram subscritos pelos demais outros acionistas da JBS.

No que se refere à situação financeira da JBS, a companhia divulga de forma ostensiva seus resultados a cada trimestre. No ano de 2009, a companhia apurou um Lucro Antes de Impostos (LAIR) de R\$ 152,7 milhões, e apenas nos seis primeiros meses de 2010 o LAIR foi de R\$ 250,1 milhões, o que mostra a evolução da companhia. Com relação ao Lucro Líquido os resultados foram R\$ 127,9 milhões ao longo de 2009 e R\$ 103,0 milhões de janeiro a julho de 2010."

Nada obstante os valores apontados na nota técnica relativos ao lucro da empresa JBS, tais valores, além de terem sido por ela própria divulgados, em muito distam do montante total de debêntures subscritas pelo BNDESPar – **R\$ 3.477.567.913,60 (três bilhões, quatrocentos e setenta e sete milhões, quinhentos e sessenta e sete milhões, novecentos e treze reais e sessenta centavos).**

O valor supera, portanto, em **mais de dez vezes** o que a JBS lucra no período de um ano, segundo os valores apontados na própria nota técnica. Além disso, representa quase todo o valor de um semestre de exportação de carne por todo o setor da indústria nacional, também conforme dados da própria nota técnica.

A bem da verdade, há que se registrar que a operação, no que tange ao seu objeto, parece estar dentro da atividade-fim de uma instituição financeira destinada ao fomento, como é o caso do BNDES e do BNDESPar.

Quanto aos valores, contudo, há uma fundada dúvida, especificamente quanto à higidez e garantias da operação, haja vista que mesmo um banco de fomento deve observar cautelas ordinárias como garantias e capacidade de liquidez da empresa para honrar o compromisso firmado.

É de bom alvitre registrar, neste ponto, que dirigentes do BNDESPar podem ser sujeitos ativos de crimes da Lei 7492/86, conforme vem entendendo a nossa jurisprudência:

Origem: TRF-2ª Região
Classe: HC - HABEAS CORPUS - 5825
Processo: 2008.02.01.009583-0 UF: RJ

Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA

Data Decisão: 03/06/2009 Documento: TRF-200220606

Tabela Única de Assuntos (TUA)

Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86) -

Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Penal

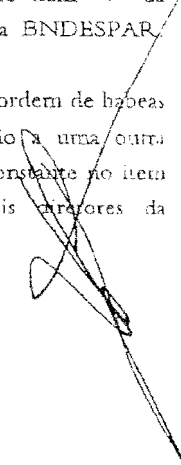
Fonte DJU - Data: 05/08/2009 - Página: 15/16

Ementa

I - PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. II - DIRETORIA DA BNDESPAR. IMPUTAÇÃO DE CRIMES PREVISTOS NA LEI Nº 7.492/86. POSSIBILIDADE. - ART. 23, DA LEI Nº 7.492/86. ATIPICIDADE. CONSTATAÇÃO. IV - ART. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. NÃO CONFIGURAÇÃO. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. V - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. VI - CONCESSÃO DA ORDEM. VII - EXTENSÃO DA ORDEM. I - Diante da ausência de prova pré-constituída e cabal, não merece acolhida, a tese de que o fato seria atípico em razão da natureza jurídica da BNDESPAR. O BNDES é instituição financeira e capta recursos de terceiros. A BNDESPAR, na qualidade de subsidiária integral daquele, não capta diretamente seus recursos no mercado, os pertencem à sociedade controladora. Pelo menos no que tange ao aporte correspondente à integralização de seu capital, há de ter tido esta origem dos recursos e os dividendos a esta devem ser retornados. Considerando que a BNDESPAR tem como atividade a aplicação de recursos financeiros de terceiros, é também instituição financeira para fins da Lei nº 7.492/86. II - Pacientes denunciados pela prática em tese de prevaricação financeira (art. 23 da Lei nº 7.492/86), por supostamente não terem dado integral cumprimento a dispositivos expressos de Resoluções do BNDES. Se o fato imputado não contrariou proibição de lei em sentido estrito, mas de norma administrativa, presente a falta de justa causa, por atipicidade, em relação à prevaricação financeira. III - A denúncia também imputou aos pacientes a prática, em tese, de delito previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 por terem, na qualidade de diretores da BNDESPAR, anuído com a venda, a prazo, de ações emitidas pela ELETROPAULO, que integravam a carteira de ações da BNDESPAR. Segundo a versão acusatória, a venda das ações teria sido autorizada sem as cautelas necessárias quanto à exigência de garantias adicionais idôneas e suficientes de adimplemento da operação. IV - As decisões do Tribunal de Contas da União não têm o condão de vincular de forma definitiva a convicção do Ministério Público, e mesmo ainda os julgamentos do Poder Judiciário, mas devem ser considerados como forte consubstanciação de elementos probatórios sobre os fatos. O fato de a denúncia sob comento estar embasada em

parecer técnico do TCU, cujo entendimento foi posteriormente reformulado, não afasta, por si só, a justa causa para o prosseguimento da ação penal (Precedentes do STF e STJ citados). V – O acervo mínimo probatório que instruiu a denúncia é vacilante quanto à “situação de perigo”, própria do crime de gestão temerária, no momento da aceitação da garantia. Em que pese estarmos diante de crime de perigo, considerando a existência de duas posições diametralmente opostas do próprio TCU, melhor seria que se procurasse estabelecer, já antes mesmo da inauguração da ação penal, maior certeza sobre a existência da situação de perigo, gerada da operação, no momento dos fatos, que fosse decorrente da temeridade da administração. VI – Não é na fase judicial que se estará a buscar provas mínimas para a condenação. O melhor é que ela seja reservada para a produção daquelas provas que já sejam capazes de levar ao sucesso da acusação. O que não ocorre no presente caso. VII – O processo sob comento traz como suporte probatório para denúncia pronunciamento do TCU que foi alterado posteriormente em favor dos acusados, sem qualquer outro elemento técnico oficial capaz de posicionar a divergência num ou noutro sentido. Não configuração de suporte probatório mínimo com relação ao delito de gestão temerária. Consubstanciada a falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal em Juízo. VIII – Quanto à decisão da diretoria da BNDESPAR, a situação jurídico-processual dos outros três diretores da BNDESPAR, investigados na ação penal impugnada, é igual à dos acusados beneficiados com a concessão da ordem neste writ. Extensão da ordem que se impõe para determinar o trancamento da ação penal, integralmente, em relação a uma diretora, não paciente neste writ, e tão-somente no que tange à imputação constante no item “V” da denúncia, em relação aos outros dois diretores, também não pacientes neste writ. IX – Concessão da ordem para determinar o trancamento da ação penal nº 2005.51.01.503735-2, em relação aos pacientes, com extensão da ordem, integralmente, em relação a uma outra diretora, e somente no que tange à imputação constante no item “V” da denúncia, em relação a outros dois diretores da BNDESPAR. Relator Desembargador Federal ABEL GOMES

Decisão: A turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, estendendo-a, integralmente, em relação a uma outra diretora, e somente no que tange à imputação constante no item “V” da denúncia, em relação a outros dois diretores da BNDESPAR, nos termos do voto do Relator.



Acórdão

Origem: TRF-2ª Região

Classe: HC - HABEAS CORPUS - 5825

Processo: 2008.02.01.009583-0 UF : RJ Órgão Julgador:
PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA

Data Decisão: 03/06/2009 Documento: TRF-200220606

Tabela Única de Assuntos (TUA)

Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86) -
Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Penal

Fonte DJU - Data: 05/08/2009 - Página: 15/16

Ementa

I - PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. II - DIRETORIA DA BNDESPAR. IMPUTAÇÃO DE CRIMES PREVISTOS NA LEI Nº 7.492/86. POSSIBILIDADE. - ART. 23, DA LEI Nº 7.492/86. ATIPICIDADE. CONSTATAÇÃO. IV - ART. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7492/86. SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. NÃO CONFIGURAÇÃO. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. V - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. VI - CONCESSÃO DA ORDEM. VII - EXTENSÃO DA ORDEM. I - Diante da ausência de prova pré-constituída e cabal, não merece acolhida, a tese de que o fato seria atípico em razão da natureza jurídica da BNDESPAR. O BNDES é instituição financeira e capta recursos de terceiros. A BNDESPAR, na qualidade de subsidiária integral daquele, não capta diretamente seus recursos no mercado, os pertencem à sociedade controladora. Pelo menos no que tange ao aporte correspondente à integralização de seu capital, há de ter tido esta origem dos recursos e os dividendos a esta devem ser retornados. Considerando que a BNDESPAR tem como atividade a aplicação de recursos financeiros de terceiros, é também instituição financeira para fins da Lei nº 7.492/86. II - Pacientes denunciados pela prática em tese de prevaricação financeira (art. 23 da Lei nº 7.492/86), por supostamente não terem dado integral cumprimento a dispositivos expressos de Resoluções do BNDES. Se o fato imputado não contrariou proibição de lei em sentido estrito, mas de norma administrativa, presente a falta de justa causa, por atipicidade, em relação à prevaricação financeira. III - A denúncia também imputou aos pacientes a prática, em tese, do delito previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 por terem, na qualidade de diretores da BNDESPAR, anuído com a venda, a prazo, de ações emitidas pela ELETROPAULO, que

integravam a carteira de ações da BNDESPAR. Segundo a versão acusatória, a venda das ações teria sido autorizada sem as cautelas necessárias quanto à exigência de garantias adicionais idôneas e suficientes de adimplemento da operação. IV – As decisões do Tribunal de Contas da União não têm o condão de vincular de forma definitiva a convicção do Ministério Público, e menos ainda os julgamentos do Poder Judiciário, mas devem ser consideradas como forte consubstanciação de elementos probatórios sobre os fatos. O fato de a denúncia sob comento estar embasada em parecer técnico do TCU, cujo entendimento foi posteriormente reformulado, não afasta, por si só, a justa causa para o prosseguimento da ação penal (Precedentes do STF e STJ citados). V – O acervo mínimo probatório que instruiu a denúncia é vacilante quanto à “situação de perigo”, própria do crime de gestão temerária, no momento da aceitação da garantia. Em que pese estarmos diante de crime de perigo, considerando a existência de duas posições diametralmente opostas do próprio TCU, melhor seria que se procurasse estabelecer, já antes mesmo da inauguração da ação penal, maior certeza sobre a existência da situação de perigo, gerada da operação, no momento dos fatos, que fosse decorrente da temeridade da administração. VI – Não é na fase judicial que se estará a buscar provas mínimas para a condenação. O melhor é que ela seja reservada para a produção daquelas provas que já sejam capazes de levar ao sucesso da acusação. O que não ocorre no presente caso. VII – O processo sob comento traz como suporte probatório para denúncia pronunciamento do TCU que foi alterado posteriormente em favor dos acusados, sem qualquer outro elemento técnico oficial capaz de posicionar a divergência num ou noutro sentido. Não configuração de suporte probatório mínimo com relação ao delito de gestão temerária. Consubstanciada a falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal em juízo. VIII – Quanto à decisão da diretoria da BNDESPAR, a situação jurídico-processual dos outros três diretores da BNDESPAR, investigados na ação penal impugnada, é igual à dos acusados beneficiados com a concessão da ordem neste writ. Extensão da ordem que se impõe para determinar o trancamento da ação penal, integralmente, em relação a uma diretora, não paciente neste writ, e tão-somente no que tange à imputação constante no item “V” da denúncia, em relação aos outros dois diretores, também não pacientes neste writ. IX – Concessão da ordem para determinar o trancamento da ação penal n.º

2005.51.01.503735-2, em relação aos pacientes, com extensão da ordem, integralmente, em relação a uma outra diretora, e somente no que tange à imputação constante no item "V" da denúncia, em relação a outros dois diretores da BNDESPAR.

Relator Desembargador Federal ABEL GOMES

Decisão: A turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, estendendo-a, integralmente, em relação a uma outra diretora, e somente no que tange à imputação constante no item "V" da denúncia, em relação a outros dois diretores da BNDESPAR, nos termos do voto do Relator.

Entende o Ministério Público Federal que somente com juntada aos autos de todos os elementos referentes à aprovação e subscrição pelo BNDESPAR das debêntures é que se poderá avaliar com precisão os fatos sob o contexto da Lei 7492/86.

Quanto ao crime cogitado na representação criminal, qual seja, o crime de tráfico de influência, vale ressaltar que o tipo do artigo 332 do Código Penal pressupõe a venda de uma influência inexistente, ou seja, de "fumaça", sendo o comprador ainda que mal intencionado, vítima de um engodo. Como no caso houve o apoio à operação dado pelo BNDESPAR, é forçoso concluir que não há indícios de tráfico de influência. Se crime houve, a partir da consultoria prestada pela empresa Projeto, certamente não foi de tráfico de influência.

Por outro lado, ganhar relevo, nesse ponto, a cláusula de êxito presente no contrato firmado entre a Projeto e a JBS, a qual deverá ser analisada dentro do contexto da regularidade ou irregularidade da operação apoiada pelo BNDESPAR.

IV – O Segundo Contrato: Caso Pão de Açúcar e Casas Bahia

A representação de fato aponta alguns aspectos intrigantes na participação da Projeto e do escritório Márcio Thomaz Bastos Advogados na aquisição e fusão pelo Grupo Pão de Açúcar das Casas Bahia.

É no mínimo curiosa a celebração de um contrato verbal em uma operação de tamanho montante, ainda mais quando ela ainda dá causa à subcontratação de uma empresa de consultoria econômico-financeira, caso da Projeto.

A ausência de formalidade na contratação talvez se explique pela própria cláusula de exclusividade que a empresa ESTATER detinha seu favor para

assessorar com exclusividade a empresa contratante, o Grupo Pão de Açúcar. Obviamente, a notícia da contratação de outros consultores, em burla à cláusula de exclusividade, pode gerar consequências financeiras para o Grupo Pão de Açúcar.

Entretanto, a contratação foi admitida pelo Grupo Pão de Açúcar, que ainda confirmou a estreita relação profissional e de amizade do titular do escritório de advocacia, o doutor Márcio Thomaz Bastos, e o Grupo Pão de Açúcar ao longo de décadas, bem assim a participação como consultor em vários negócios, conforme se extrai dos documentos de fls. 127 e 229, além do arrazoadado e dos recibos de honorários advocatícios de fls. 113/125.

Neste ponto, poder-se-ia iniciar uma discussão sobre se apenas a declaração do Setor Jurídico do Grupo Pão de Açúcar bastaria para o propósito a que se firmou. E para negar os efeitos probatórios da declaração, seria necessário explicar e justificar por que tal declaração não corresponderia à verdade, bem como com que finalidade teria sido firmada.

Outra questão que poderia ser enfrentada é a especialidade do escritório do doutor Márcio Thomaz Bastos, mas mesmo tal ponderação pode ser bastante relativizada, uma vez que se tome em consideração a multiplicidade, quase infindável, de aspectos que envolvem o complexo processo de fusão e incorporação de empresas de tão grande porte e capilarização, e que certamente envolve aspectos de Direito Penal e Econômico, o que torna difícil, apesar de não impossível, sustentar que a consultoria do escritório Márcio Thomaz Bastos Advogados, e a subcontratação da empresa Projeto, foi (foram) despropositada (s).

A bem da verdade, porém, é preciso destacar que a defesa do doutor Márcio Thomaz Bastos juntou aos autos elementos de prova indicando sua experiência anterior em eventos da espécie e assessorando o próprio Grupo Pão de Açúcar (fls. 196/217).

Ocorre que todos esses pontos acabam por se revelar secundários diante do contexto probatório em que se encontra a questão de fundo no Segundo Contrato apontado na representação: a atuação da empresa Projeto e a aprovação pelo CADE da operação de aquisição e fusão pelo Grupo Pão de Açúcar das Casas Bahia.

Infelizmente, não há indício concreto de evento que possa caracterizar tráfico de influência ou outros delitos, como de corrupção ativa e passiva, nem tampouco meio de prova que possa descobri-lo e posteriormente elucidá-lo.

Isto significa dizer que todas elas poderiam ganhar outro relevo e ser enfrentadas com maior profundidade acaso houvesse um indício que apontasse um evento específico e concreto que pudesse caracterizar um desses delitos. Na ausência desse indício, a avaliação de todos esses aspectos é ociosa.

Registre-se, neste ponto, que nem mesmo o fato de Márcio Thomaz Bastos e Antonio Palocci Filhos serem ambos ex-importantes ministros de governos do Partido dos Trabalhadores -- PT -- é suficiente para justificar a abertura de investigação criminal quanto a esse caso. Márcio Thomaz Bastos afastou-se do governo após o fim do segundo mandato do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva e, por isso mesmo, o lapso temporal decorrido desde então dificulta ainda mais estabelecer qualquer nexos entre uma conduta sua e a decisão do CADE.

Neste passo, conquanto a representação criminal aponte realmente pontos nebulosos, obscuros, no processo de aquisição e incorporação do Grupo Pão de Açúcar e Casas Bahia, ressentem-se os autos de elementos de prova que apontem eventos específicos e seus protagonistas, ou mesmo meios de prova por via dos quais pudessem ser descobertos e elucidados, motivo pelo qual a instauração de investigação criminal quanto a este fato seria fadada ao insucesso no estado em que os autos se encontram.

Evidentemente, surgindo novas provas, todas as questões levantadas podem vir a ser novamente analisadas diante do novo contexto.

V – O Terceiro Contrato: Hyundai

Considerando a afirmação, feita na representação criminal, de que *“quase todos os investimentos pretendidos no citado contrato se beneficiariam de inclusão do grupo empresarial em regime tributário especial”*, bem como a circunstância da *“celebração de contrato de 50 meses em conjunto com o exercício de mandato parlamentar e a coordenação de campanha presidencial, para, logo após, rescindi-lo”*, e tendo havido o pagamento de **R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e meio de reais)** em razão do contrato, justifica-se, primeiramente, a requisição de informações à Receita Federal do Brasil para que informe se alguma empresa do Grupo Hyundai foi beneficiada por regime tributário especial desde o ano de 2010.

A obtenção da informação é importante porque, acaso confirmada a premissa na qual foi baseada a representação criminal, poder-se-á avaliar a regularidade da concessão do benefício fiscal e as circunstâncias em que foi concedido, daí justificando-se a investigação criminal por tráfico de influência ou mesmo por corrupção ativa ou passiva.

A não confirmação da premissa forçará a reavaliação da viabilidade da investigação, nada obstante os tipos penais do tráfico de influência e de corrupção, nas modalidades ativa e passiva, não dependerem de obtenção de vantagem indevida ou da efetiva prática do ato de ofício para sua consumação. É que, em tal hipótese, a reavaliação será forçada em função das provas existentes nos autos e a sua robustez para sustentar uma investigação criminal viável, especialmente quanto à presença de elementos indicando a existência de eventos específicos e concretos que possam ser objeto de apuração.

VI – Do Direito – Sigilo Bancário

Os processos/procedimentos que tramitaram no âmbito do BNDES/BNDESPar relativos à subscrição de debêntures para viabilizar a aquisição pela JBS da Pilgrim's certamente estão sob a proteção do sigilo financeiro e o Ministério Público Federal a eles não terá acesso sem prévia autorização judicial.

Evidentemente, a garantia do sigilo bancário não constitui óbice à persecução penal. De fato, se, por um lado, a Constituição Federal consagra como direito fundamental, nos incisos X e XII do artigo 5.º, o direito à preservação da privacidade e ao sigilo de dados, entre outros, a quebra do sigilo bancário não os afronta, pois este não é estabelecido para ocultar fatos, senão para revestir a revelação deles de certas cautelas. É cediço que o sigilo bancário não tem caráter incontestável nem absoluto, pois deve sempre estar submetido, como direito individual que é, aos interesses da sociedade em geral e, por conseguinte, ao interesse maior da preservação dos comandos estabelecidos pela lei. As liberdades públicas submetem-se ao interesse geral na repressão de atividades ilícitas praticadas por particulares. Não se pode conceber que o direito à privacidade chegue ao absurdo lógico e jurídico de permitir a ocultação de crimes e o dano ao patrimônio público da União (que, em última análise, é de toda a sociedade brasileira). No caso em questão, é de suma importância a medida preventiva de afastamento do sigilo bancário. Daí Barbosa Moreira ensinar que o direito à privacidade *“sujeita-se ao sacrifício na medida em que sua proteção seja incompatível com a realização dos objetivos que se têm primariamente em*

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria da República no Distrito Federal

vista", e o objetivo primário do Estado Democrático de Direito é a preservação do bem estar social.

O Supremo Tribunal Federal segue o mesmo entendimento:

INQUÉRITO. AGRAVO REGIMENTAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. AFRONTA AO ARTIGO 5.º, X E XII DA CF. INEXISTÊNCIA. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. CONTRADITÓRIO NÃO PREVALECE.

I – A quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5.º, X e XII da Constituição Federal (Precedente: PET 577).

II – O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória (HHCC 55.447 e 69.372; RE 136.239, *inter alia*).

Agravo regimental não provido.

(Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo regimental no inquérito nº 897-5-DF. Relator: Ministro Francisco Rezek. 23 nov. 1994, maioria. Diário da Justiça, seção 1, 24 mar. 1995, p. 6.806.)

MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO. SIGILO BANCÁRIO QUEBRA. LEI N.º 4594/64, ART. 38 E CF, ART. 5º, X.

(...)

Esta Corte tem admitido a quebra do sigilo bancário quando há interesse público relevante, como o da investigação criminal fundada em suspeita razoável de infração penal

(RE 219780/PE; Segunda Turma; DJ.U. 10.09099; seção 1; pág. 023; rel. Min. Carlos Velloso).

No caso JBS, os vultosos valores da operação justificam o acesso aos procedimentos, de modo a avaliar se foram devidamente observadas as cautelas, garantias e a higidez necessária para não expor a risco o sistema financeiro nacional.

VII – Do Direito – Sigilo Fiscal

Para a elucidação do caso Hyundai, é imprescindível que, antes de qualquer outra medida, seja obtida informação junto à Receita Federal a respeito da concessão ou não de regime tributário especial para a empresa. Confirmada a informação, será o caso de avaliar as condições em que a empresa obteve os benefícios fiscais, em razão das circunstâncias apontadas na representação criminal.

Contudo, acaso algum benefício tributário tenha realmente sido concedido, é conveniente que se tenha acesso ao inteiro teor dos respectivos autos e, por cautela, prevenindo eventual óbice ao acesso e para que não se colha tal prova sob qualquer

polêmica, o Ministério Público Federal ora requer em juízo, sob os mesmos argumentos expostos no item anterior.

VIII – Do Pedido

Tais as circunstâncias, o Ministério Público Federal:

a) requer seja requisitado ao BNDES/BNDESPAR, que encaminhe, em meio digital, todos os procedimentos e informações relativos à participação da instituição na operação de aquisição pela JBS de 64% (sessenta e quatro por cento) do capital total da PILGRIM'S PRIDE CORPORATION (PILGRIM'S);

b) promove o arquivamento dos autos quanto aos fatos relativos ao "Segundo Contrato -- Aquisição e Fusão do Grupo Pão de Açúcar e Casas Bahia, bem como participação do escritório de advocacia Márcio Thomaz Bastos e da empresa Projeto", observado o disposto no artigo 18 do Código de Processo Penal;

c) requer seja requisitado à Receita Federal do Brasil que informe se alguma empresa do Grupo Hyundai, a partir do ano de 2010, obteve ou foi incluída em algum regime tributário especial, seja por força de lei, seja por força de decisão de autoridade fiscal, encaminhando cópia, em meio digital, dos respectivos autos em que tal benefício porventura tenha sido reconhecido e concedido.

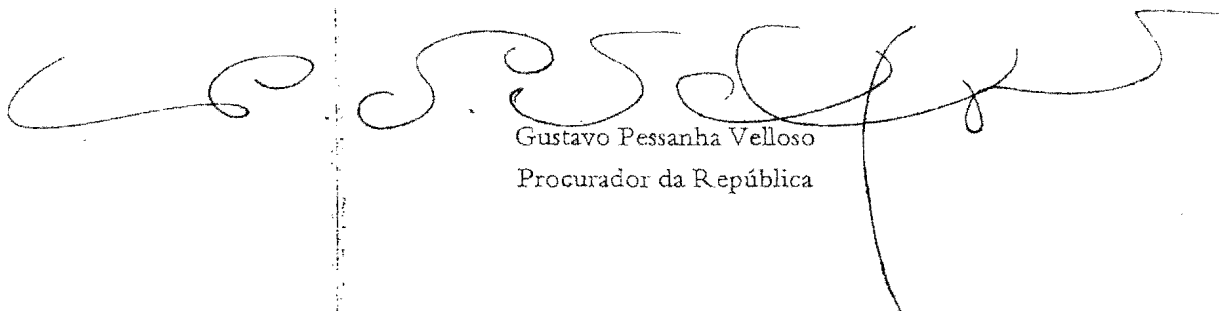
Requer seja fixado prazo razoável, a ser fixado segundo o prudente arbítrio de Vossa Excelência, para atendimento das requisições feitas por este juízo, evitando que as informações sejam prestadas de acordo com a conveniência da autoridade destinatária da requisição.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria da República no Distrito Federal

PR/DF
Fls. n.º 344
Rub. CB

Protesta, por fim, que o presente feito tramite em segredo de justiça, haja vista a presença e requisição de informações/elementos de prova protegidos por sigilo financeiro e fiscal.

Brasília, 30 de maio de 2012.



Gustavo Pessanha Velloso
Procurador da República