

10/02/2015

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 124.192 PARANÁ

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **SÉRGIO AMILCAR DE AGUIAR MAIA**
ADV.(A/S) : **LEANDRO BEMFICA RODRIGUES E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Gestão fraudulenta de instituição financeira. Artigo 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86. Pena. Redução pretendida, em razão de reparação de dano realizada por corrêu. Questão não analisada pelo Tribunal Regional Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça. Apreciação *per saltum*. Impossibilidade. Dupla supressão de instância. Precedentes. Inexistência, outrossim, de flagrante ilegalidade que autorize a concessão, de ofício, do *writ*. Hipóteses de arrependimento posterior (art. 16, CP) e de atenuante genérica diante da reparação do dano (art. 65, III, *b*, CP) não configuradas. Corrêu que teve a pena reduzida, por força de acordo de delação premiada (art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99) e de sua efetiva colaboração com a Justiça e do compromisso de reparar parcialmente o dano. Benefício de natureza personalíssima, não extensível ao recorrente. Magnitude da lesão causada. Valoração negativa, na primeira fase da dosimetria da pena, a título de "consequências" do crime. Admissibilidade. Inexistência de *bis in idem*, haja vista não se tratar de elementar típica do crime em questão. Recurso não provido.

1. Como o Tribunal Regional Federal e o Superior Tribunal de Justiça não se pronunciaram sobre a reparação do dano realizada por corrêu, sua apreciação, de forma originária, pelo Supremo Tribunal Federal, configura dupla supressão de instância. Precedentes.

2. Ao julgar o recurso ordinário em **habeas corpus**, o Supremo Tribunal Federal não se pronuncia originariamente sobre questões não

RHC 124192 / PR

decididas, em definitivo, pelas instâncias antecedentes, salvo quando reconhecer prescrição ou nos casos de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não se vislumbra na espécie.

3. A tese do recorrente de que, por se tratar de matéria pública, toda e qualquer questão relativa à dosimetria da pena poderia ser trazida diretamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal contrasta com a jurisprudência pacífica da Corte, que, mesmo nos casos de dosimetria de pena, não admite supressão de instância. Precedentes.

4. Como não houve reparação do dano, por ato voluntário do recorrente, até o recebimento da denúncia ou o julgamento em primeiro grau, não se configuraram o “arrependimento posterior” (art. 16, CP) nem a circunstância atenuante descrita no art. 65, III, *b*, do Código Penal.

5. A redução da pena de corréu, por força de acordo de delação premiada (art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e arts. 13 e 14 da lei nº 9.807/99) e de sua efetiva colaboração com a Justiça, tem natureza personalíssima e não se estende ao recorrente.

6. O recorrente, que não estava obrigado a se autoincriminar nem a colaborar com a Justiça (art. 5º, LXIII, CF), exerceu seu direito constitucional de negar a prática dos ilícitos a ele imputados.

7. Após adotar essa estratégia defensiva, por reputá-la mais conveniente aos seus interesses, não pode agora, à vista do resultado desfavorável do processo, pretender que lhe seja estendido o mesmo benefício reconhecido àquele que, desde o início, voluntariamente assumiu a posição de réu colaborador, arcando com os ônus dessa conduta processual, na expectativa de obter as vantagens dela decorrentes.

8. No crime de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86), a magnitude dos prejuízos causados pode ser valorada negativamente, na primeira fase da dosimetria da pena, a título de “consequências” do crime, haja vista que não constitui elementar do tipo penal.

9. Recurso não provido. Inexistência de flagrante ilegalidade ou teratologia que justifique a concessão, de ofício, da ordem de **habeas**

RHC 124192 / PR

corpus.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso ordinário em **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que o provia para determinar ao Superior Tribunal de Justiça que enfrentasse a impetração.

Brasília, 10 de fevereiro de 2015.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

10/02/2015

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 124.192 PARANÁ

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **SÉRGIO AMILCAR DE AGUIAR MAIA**
ADV.(A/S) : **LEANDRO BEMFICA RODRIGUES E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Recurso ordinário em **habeas corpus** interposto por Sérgio Amilcar de Aguiar Maia contra acórdão mediante o qual a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao agravo regimental nos embargos de declaração no HC nº 233.260/PR, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**.

Narra o recorrente que, em 13/8/07, foi condenado pelo juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Paraná à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 4º da Lei nº 7.492/86.

Aduz que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu parcial provimento a sua apelação, para o fim de reduzir suas penas a 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e 97 (noventa e sete) dias-multa, mantido o regime fechado, e que, contra essa decisão, além da interposição do recurso especial, admitido na origem e autuado no Superior Tribunal de Justiça sob nº 1.242.129/PR, foi impetrado a esse Tribunal o HC nº 233.260/PR, no qual se insurgia contra a dosimetria da pena.

Afirma o recorrente que a petição inicial desse **habeas corpus** foi aditada, para requerer o reconhecimento, a seu favor, da reparação do dano, ainda que parcial, realizada pelo corréu Antônio Celso Garcia, cuja pena foi reduzida por esse motivo. No entanto, o acórdão ora impugnado entendeu que, como essa questão não foi suscitada em razões de apelação nem analisada pelo Tribunal Regional Federal,

RHC 124192 / PR

“resta evidenciada a impossibilidade de conhecimento, no particular, da impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior para apreciar originariamente a questão, sob pena de indevida supressão de instância” (anexo 6, fl. 56).

Sustenta o recorrente que

“[a] repercussão da reparação dos danos causados pela prática da infração penal por um dos co-autores deveria ter sido analisada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, a despeito de tais fatos não terem sido objeto da apelação ou do recurso especial.

Em primeiro lugar, o *habeas corpus* interposto não tem relação com as razões do recurso especial, mas tão somente com o v. acórdão proferido pelo Tribunal [Regional Federal] ao julgar a apelação interposta pelo Réu, ora Paciente/Recorrente.

Não é relevante, para o fim do conhecimento da matéria suscitada, ao contrário do que entendeu a c. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que os fatos alegados no *writ* (no caso, veiculados por intermédio de petição de aditamento ao *habeas*), não tenham sido objeto expresso das razões de apelação do Réu ofertadas na petição de apelação.

Isso decorre do âmbito de abrangência da apelação, quanto mais se tratando de Direito/Processo Penal. A apelação de natureza penal é recurso de cognição ampla, não vinculada às respectivas razões.

Daí porque o Tribunal **deve** conhecer e apreciar **todos os fatos**, cuja repercussão seja *de ordem pública*, não obstante não haja, em relação a tudo, referência expressa nas razões recursais.

(...)

Todos os fatos que permitiriam ao Tribunal [Regional Federal] conhecesse da causa de abrandamento da pena relativa à reparação do dano efetivada pelo coautor da infração penal estavam registrados nos autos, inclusive na sentença condenatória, onde o Juiz de piso fez referência ao acordo visando a reparação dos danos causados aos prestamistas do

RHC 124192 / PR

Consórcio fraudado.

Logo, todos os fatos estavam à disposição do Tribunal [Regional Federal] para apreciação e tinham (*e tem*) a natureza de *matéria de ordem pública*”, portanto, deveriam ser apreciados quando do julgamento da apelação. Não o sendo, como, de resto, não foram apreciados, deveriam ter sido examinados pelo STJ na oportunidade do julgamento do *habeas corpus* já que nele foram veiculados.

A sentença condenatória do coautor (ANTÔNIO CELSO GARCIA) também foi juntada aos autos da ação penal onde foi proferida a sentença contra o Paciente/Recorrente. **Nela se foi especificado o *quantum* da redução da pena do coautor ANTÔNIO CELSO que, apesar da condição de principal articulador e beneficiário do crime praticado, foi condenado a uma pena menor daquela imposta ao Paciente/Recorrente.**

(...)

Recolhe-se pelo exame dos autos que a redução da pena pelo ressarcimento do dano somente não foi concedida também ao Paciente/Recorrente porque ambos, este e o coautor ANTÔNIO CELSO, foram julgados em ocasiões diversas e em autos separados haja vista que foram denunciados – **pelos mesmos fatos** – em oportunidades diferentes.

Por conseguinte, implica desproporcionali[d]ade e vulneração do princípio da isonomia deixar de beneficiar o Paciente/Recorrente com a redução da pena relativa à reparação do dano quando a única circunstância que o diferencia do coautor ANTÔNIO CELSO é o fato de ambos terem sido julgados em momentos diversos e em autos apartados.

Nestes termos, ambos foram denunciados pelos mesmos fatos, porém, devido a **circunstâncias processuais diversas as quais nenhum deles deu causa**, a minoração da pena pela reparação do dano somente foi concedida ao co-autor ANTÔNIO CELSO e não ao Paciente/Recorrente.

Frise-se para deixar bem vincado: ANTÔNIO CELSO, e não o Paciente/Recorrente, foi o principal beneficiário das fraudes praticadas; não obstante foi sobre este último que

RHC 124192 / PR

recaiu a maior carga penal, refletida em pena concreta superior àquela imposta ao Primeiro.

Nestes termos, em função do disposto no art. 654, §2º, do Código de Processo Penal, a matéria recorrida, por ser de ordem pública, deve ser apreciada, de ofício, por qualquer juízo ou tribunal, podendo ser objeto, inclusive, da concessão de *habeas corpus* de ofício.”

Ante o exposto, o recorrente requer o provimento do recurso ordinário, para o fim de:

“A – reformar o v. acórdão recorrido para, conhecendo-se a causa de redução da pena-base aplicada ao coautor ANTÔNIO CELSO GARCIA (ressarcimento do dano), aplicar as respectivas repercussões também à pena do Paciente/Recorrente, reduzindo-a proporcionalmente;

B – **alternativamente**, reformar o v. acórdão recorrido para determinar a remessa dos autos ao MM. Juízo de Primeiro Grau (2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Paraná) para que este aplique a redução da pena-base pelos mesmos fundamentos que a concedeu ao Réu ANTÔNIO CELSO GARCIA nos autos do processo nº 2003.7000021364-3;

C – **alternativamente**; anular o acórdão recorrido para determinar ao C. Superior Tribunal de Justiça que profira outro, conhecendo da causa de redução da pena pelo ressarcimento do dano e, em consequência, reduza a pena aplicada ao Paciente/Recorrente, na proporção adequada.

D – acaso este C. Pretório Excelso não entenda cabível o presente recurso, que o conheça como *habeas corpus*, nos termos do art. 654, §2º, do Código de Processo Penal , e, a partir daí, decida sobre a matéria posta na presente petição” (anexo 6, fl. 63).

Após contrarrazões, o recurso foi recebido e encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da ilustre

RHC 124192 / PR

Subprocuradora-Geral da República Dra. **Cláudia Sampaio Marques**,
opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

10/02/2015

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 124.192 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto por Sérgio Amilcar de Aguiar Maia contra acórdão mediante o qual a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao agravo regimental nos embargos de declaração no HC nº 233.260/PR, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**.

Transcrevo a ementa do julgado ora impugnado:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. CONSÓRCIO GARIBALDI. CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADES NA DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA JÁ APRECIADA POR ESTA CORTE NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL N.º 1.242.129/PR. ALEGAÇÃO DE QUE O AGRAVANTE FAZ JUS À REDUÇÃO DA PENA EM VIRTUDE DA REPARAÇÃO DOS DANOS PROMOVIDA POR CORRÉU. MATÉRIA QUE NÃO FOI SUSCITADA E, TAMPOUCO, APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A questão acerca dos reflexos da reparação dos danos promovida por corréu na dosimetria da pena do Agravante não foi suscitada nas razões do recurso de apelação defensivo e, tampouco, analisada pelo Tribunal de origem. Assim, não há como examinar tal matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Não tendo o Agravante trazido tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, mantenho, na íntegra, a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

RHC 124192 / PR

3. Incabível a concessão de *habeas corpus* de ofício, porquanto não se verificou qualquer flagrante ilegalidade, violência ou coação ilegal.

4. Agravo regimental desprovido.”

Contra essa decisão insurge-se o recorrente.

Insiste em que faz jus à redução da sua pena-base (**vide** anexo 6, fl. 62) em virtude de reparação do dano realizada pelo corréu Antônio e que essa questão deveria ter sido analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, a despeito de não ter sido objeto da apelação ou do recurso especial, por se tratar de matéria de ordem pública.

Sem razão, contudo.

Como essa matéria não foi analisada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (vide anexo 5, fls. 14/17) nem pelo Superior Tribunal de Justiça, sua apreciação, de forma originária, neste ensejo, configuraria **dupla supressão de instância**, o que é inadmissível, sob pena de vulneração do sistema de competências constitucionalmente estabelecido.

Não pode esta Suprema Corte, em exame **per saltum**, apreciar questão não submetida ou analisada pelo Superior Tribunal de Justiça (HC nº 111.171/DF, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 9/4/12).

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: HC nº 113.172/SP, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 17/4/13; HC nº 118.836/PA-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 8/10/13; HC nº 116.857/ES-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 21/5/13; HC nº 114.583/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJe de 27/8/12; HC nº 92.264/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Menezes Direito**, DJ de 14/12/07; e HC nº 90.654/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 25/5/07, entre outros.

Correto, portanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao assentar, no julgado ora hostilizado, que

“inexistindo qualquer julgamento da matéria pelo Tribunal *a quo*, resta evidenciada a impossibilidade de

RHC 124192 / PR

conhecimento, no particular, da impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior para apreciar originariamente a questão, sob pena de indevida supressão de instância”.

A tese do recorrente de que, por se tratar de matéria pública, toda e qualquer questão relativa à dosimetria da pena poderia ser trazida diretamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal contrasta com a jurisprudência pacífica desta Corte que, mesmo nos casos de dosimetria de pena, não admite supressão de instância (HC nº 124.287/CE, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 19/12/14. HC nº 124.107/SP, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe 24/11/14, HC nº 110.960/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, HC nº 121.892/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 6/8/14, HC nº 103.617/MS, Primeira Turma, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 14/4/14).

Ao julgar o recurso ordinário em **habeas corpus**, o Supremo Tribunal Federal não se pronuncia originariamente sobre questões não decididas, em definitivo, pelas instâncias antecedentes, salvo quando reconhecer prescrição ou nos casos de flagrante ilegalidade ou teratologia, o que não se vislumbra na espécie.

Com efeito, a pena imposta ao recorrente não comporta qualquer reparo, uma vez que já foi reduzida pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.242.129/PR, a 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, e a 58 (cinquenta e oito) dias-multa.

Outrossim, não cabe estender-lhe a redução de pena concedida ao corréu Antônio, uma vez que fundada em motivos exclusivamente pessoais.

O corréu Antônio foi condenado, em 27/10/06, como incurso nas sanções do art. 4º, **caput**, da Lei nº 7.492/86, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semiaberto, substituída por prestação de serviços à comunidade “com base nas amplas disposições dos artigos 13, 14 e seguintes da Lei nº 9.807/99, que conferem certa discricionariedade ao juízo, como aliás é desejável em casos da espécie, para modulação da

RHC 124192 / PR

pena” (**vide** sentença, anexo 5, fls. 68/70).

Referido acusado, em 21/7/08, depositou R\$10.844.046,69 (anexo 5, fl. 72), em cumprimento da obrigação de pagar a quantia de R\$10.000.000,00, a título de indenização dos consorciados prejudicados, fixada pelo juízo de primeiro grau “com a concordância do MPF, acusado e Defesa” (anexo 5, fl. 66 e 71/73).

O recorrente, cuja sentença condenatória foi prolatada em 13/8/07 (anexo 4, fl. 26), busca, de balde, a redução de sua pena-base à conta dessa reparação do dano promovida pelo corréu.

A reparação do dano pode constituir causa de diminuição de pena, quando se configurar o “arrependimento posterior” (art. 16, CP), ou mera circunstância atenuante (art. 65, III, “b”, CP).

No primeiro caso, exige-se que se trate de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e que a reparação do dano ocorra “até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente”. Como não houve reparação do dano até o recebimento da denúncia oferecida contra o recorrente, muito menos por ato voluntário seu, não há que se falar em “arrependimento posterior”.

Outrossim, constitui circunstância atenuante ter o agente “procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, **antes do julgamento**, reparado o dano” (art. 65, III, “b”, CP).

No caso concreto, não houve reparação do dano antes do julgamento do recorrente em primeiro grau, muito menos por ato a ele imputável, razão por que a atenuante em questão não pode ser reconhecida a seu favor.

E não é só.

O corréu Antônio teve reduzida sua pena em 1/3 (um terço), por ter feito “acordo de delação premiada com o Ministério Público Federal” (anexo 5, fl. 64), de que resultou sua colaboração “efetiva e valiosa para a Justiça” e o compromisso de reparar parcialmente os danos causados, como reconhecido pela sentença que o condenou (anexo 5, fl. 66/68).

Segundo a sentença, “foi convencionado por escrito que a sua

RHC 124192 / PR

colaboração não implicaria em perdão judicial, mas apenas em redução de pena e que, como condição do acordo, teria o acusado que pagar voluntariamente a multa penal e indenizar os lesados do Consórcio Garibaldi”, estabelecendo-se “a obrigação do pagamento de R\$10.000.000,00 a título de multa penal e indenização dos consorciados” (anexo 5, fl. 66).

Em suma, diante de sua colaboração efetiva e do compromisso de pagar a indenização convencionada aos consorciados, o juízo de primeiro grau decidiu que o corréu Antônio faria jus à redução de pena, com base no art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e nos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99 (anexo 5, fl. 67).

Nos termos do art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86, “o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)”.

Por sua vez, a Lei nº 9.807/99 assim dispõe sobre a figura do réu colaborador:

“Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

RHC 124192 / PR

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”.

Verifica-se, portanto, que a redução de pena do corréu Antônio não derivou propriamente da reparação do dano (que, à época em que proferida a sentença, nem sequer tinha acontecido), **mas sim da efetividade de sua colaboração com a investigação e o processo criminal e do compromisso de indenizar parcialmente os danos causados pelo crime** (vide anexo 5, fl. 68).

Em verdade, **o recorrente pretende que lhe seja estendido um benefício que, dentro das balizas legalmente estabelecidas, somente alcança o réu colaborador.**

Assim, **em face do caráter personalíssimo da causa de diminuição de pena prevista no art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e nos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99, deve ser rechaçada sua pretensão.**

Também não vinga a alegada violação dos princípios da isonomia e da proporcionalidade, sob o fundamento de que ao corréu Antônio, principal responsável pelo crime, foi imposta pena menor.

A uma porque, diversamente do alegado, ao corréu Antônio foi imposta pena maior (seis anos de reclusão) que a do recorrente (quatro anos e quatro meses de reclusão, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.242.129/PR).

A duas porque, em estrita observância ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), a dosimetria das sanções atentou para as circunstâncias subjetivas que extremavam as situações do recorrente e do corréu, notadamente a efetiva colaboração desse último com a investigação criminal.

O recorrente, que não estava obrigado a se autoincriminar nem a colaborar com a Justiça (art. 5º, LXIII, CF), exerceu seu direito constitucional de negar a prática dos ilícitos a ele imputados.

RHC 124192 / PR

Após adotar essa estratégia defensiva, por reputá-la mais conveniente aos seus interesses, não pode o recorrente agora, à vista do resultado desfavorável do processo, pretender que lhe seja estendido o mesmo benefício reconhecido àquele que, desde o início, voluntariamente assumiu a posição de réu colaborador, arcando com os ônus dessa conduta processual, na expectativa de obter as vantagens dela decorrentes.

O recurso do recorrente, portanto, não deve ser provido.

De outra parte, em recente memorial juntado aos autos, o recorrente buscou ampliar, de forma inadmissível, o objeto do recurso interposto, sob o fundamento de que também teria havido suposto **bis in idem** na dupla consideração, como “elementar típica” e como circunstância judicial desfavorável, do montante da lesão causada ao Sistema Financeiro Nacional (anexo 9, fls. 7/10).

Ocorre que, nas razões do recurso ordinário, o recorrente insurgiu-se tão somente contra a não redução de sua pena-base em face da reparação do dano promovida pelo corréu, e a tanto se limitou o pedido de provimento do recurso.

Ora, o efeito devolutivo do recurso ordinário devolve ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento da matéria impugnada, julgada na instância antecedente, e daquela cognoscível de ofício, como, v.g., prescrição.

Como o suposto **bis in idem** não foi objeto do recurso, não cabe inovar em simples memorial.

Registro que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do habeas corpus ora impugnado, nem sequer se pronunciou sobre esse aspecto da dosimetria da pena, que foi objeto, tão somente, do REsp nº 1.242.129/PR, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, a qual, monocraticamente, deu parcial provimento ao recurso para o fim de, “mantidos os parâmetros de proporcionalidade estabelecidos no acórdão recorrido, decotando o acréscimo pela culpabilidade, mas mantendo negativadas as consequências e as circunstâncias do crime”, reduzir as penas do recorrente a 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime

RHC 124192 / PR

semiaberto, e a 58 (cinquenta e oito) dias-multa.

Contra essa decisão, o recorrente interpôs agravo regimental, ao qual a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento. Transcrevo, no essencial, excerto do voto condutor desse acórdão:

“No entanto, se viu que o desvalor das **consequências** do crime está sobejamente fundamentado. Afinal, foram de enorme monta os prejuízos advindos da fraude perpetrada, conforme consignou o acórdão recorrido, à época, cerca de **quarenta milhões de reais**. Com efeito, *"tendo o réu sido condenado pela prática de crime formal, verificado o seu exaurimento pela ocorrência do resultado, tal fato pode ser utilizado como fundamento idôneo para exasperar a pena-base na apreciação das consequências do delito"* (HC 41.466/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2005, DJ 10/10/2005, p. 402).

No mesmo diapasão, as **circunstâncias** foram apropriadamente consideradas em desfavor do Recorrente, porque *"a gestão fraudulenta foi perpetrada pelo réu dentro de uma estrutura organizada, propiciando inúmeras irregularidades, fraudes e desvios de valores para si e para terceiros a ele ligados em detrimento dos consorciados"*, contexto que, sem nenhuma dúvida, denota maior reprovabilidade e autoriza a majoração da pena-base.

Em situação similar, esta Corte se pronunciou no sentido da licitude da majoração da pena-base, porque, *"No exame da culpabilidade do agente e das circunstâncias do crime, verifica-se que os elementos concretos foram detidamente analisados pelo Tribunal a quo, para demonstrar porque a conduta do Réu se reveste de especial reprovabilidade."*

Com efeito, consignou-se que os ilícitos foram perpetrados sob a orientação do Recorrente, que engendrou complexo esquema para gerir, desviar recursos e emitir títulos sem lastro por longo lapso temporal. Além disso, ele foi o maior beneficiário da empreitada " (REsp 946.653/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2011, REPDJe 03/05/2013, DJe

RHC 124192 / PR

23/04/2012).

Mantém-se, portanto, o redimensionamento implementado na decisão agravada (...)."

Diversamente do que sustenta o recorrente em seu memorial, não se vislumbra nesse outro julgado (AgReg no REsp nº 1.242.129/PR), **que nem sequer é objeto do presente recurso**, nenhuma ilegalidade capaz de autorizar a concessão, de ofício, de ordem de *habeas corpus*.

O recorrente foi condenado por "gerir fraudulentamente instituição financeira" (art. 4º, **caput**, da Lei nº 7.492/86), crime formal e de perigo, que se consuma com a simples prática de atos fraudulentos na gestão de instituição financeira, independentemente da produção de qualquer resultado lesivo (Cezar Roberto BITTENCOURT e Juliano BRENDA. **Crimes contra o sistema financeiro e contra o mercado de capitais**. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 69. Luiz Regis PRADO. **Direito penal econômico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 166).

Diante da ação nuclear descrita no tipo penal ("gerir"), elementar típica não é o montante do prejuízo causado – cuja existência, como visto, é prescindível - **mas sim a prática reiterada de atos fraudulentos**.

Se o montante do prejuízo não é elementar do tipo penal, jamais poderia haver **bis in idem** na sua consideração como circunstância judicial desfavorável.

Por sua vez, o juízo de primeiro grau invocou a dimensão da lesão ao sistema financeiro nacional (R\$40.102.925,41, em outubro/94, com passivo a descoberto dos grupos de consórcio de R\$17.984.233,70), bem como a multiplicidade de ilícitos praticados, apenas como elementos fáticos demonstradores de que houve reiterada prática de fraudes na gestão do consórcio (anexo 4, fls. 14/16)

Aliás, a magnitude do prejuízo causado foi reconhecida em favor do recorrente, e não em seu prejuízo, para permitir que fossem absorvidos pelo crime de gestão fraudulenta os demais crimes que lhe eram imputados (arts. 5º, 6º, 8º, 11 e 16 da Lei nº 7.492/86) – confira-se sentença condenatória, anexo 3, fl. 110, e anexo 4, fl. 16.

Além do elevado prejuízo causado (mais de 40 milhões de reais, em

RHC 124192 / PR

valores de 1994), as fraudes atingiram, de acordo com a sentença condenatória, 1.595 consorciados, dos quais 1.514 já haviam quitado suas obrigações (anexo 4, fls. 3 e 25).

Correta, portanto, a valoração negativa dessas circunstâncias, à conta de consequências mais gravosas do crime, uma vez que indicativas do maior grau de reprovabilidade da conduta do recorrente. Ignorá-las é que verdadeiramente importaria em afronta ao princípio da individualização da pena.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso.

É como voto.

10/02/2015

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 124.192 PARANÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o sistema não fecha porque, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, declarou-se o prejuízo da impetração, não se examinando a questão referente à dosimetria da pena, ante o que decidido na seara extraordinária. E o que concluído nessa seara não abrangeu a dosimetria da pena, no que veio a ser veiculada na impetração.

Então, de início, provejo o recurso para que o Superior Tribunal de Justiça enfrente a impetração lá formalizada.

O segundo aspecto que me causa perplexidade é ter-se os envolvidos, os principais envolvidos, apenados em quatro anos, com substituição da pena restritiva da liberdade, e o paciente, que seria um envolvido secundário – tanto que não foi, creio, de imediato denunciado –, apenado a cinco anos e alguns meses de reclusão.

Mas, por hora, Presidente, provejo o recurso ordinário tão somente para que o Superior Tribunal de Justiça enfrente a impetração.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 124.192

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : SÉRGIO AMILCAR DE AGUIAR MAIA

ADV.(A/S) : LEANDRO BEMFICA RODRIGUES E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que o provia para determinar ao Superior Tribunal de Justiça que enfrentasse a impetração. Falaram: o Dr. Carlos Alberto Farracha de Castro, pelo Recorrente, e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. 1ª Turma, 10.2.2015.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luiz Fux e Roberto Barroso.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma