

HABEAS CORPUS Nº 444.389 - SP (2018/0079802-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DANIEL ROMEIRO E OUTROS

ADVOGADOS : ROBERTO PODVAL - SP101458

ODEL MIKAEL JEAN ANTUN - SP172515

DANIEL ROMEIRO - SP234983

**ISABELA PRADINES COELHO GUARITÁ SABINO -
SP371450**

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PACIENTE : NELSON MANCINI NICOLAU (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

NELSON MANCINI NICOLAU alega sofrer constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, que o condenou duas vezes, como incurso nas sanções do art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986, na ótica da defesa pelos mesmos fatos, perfazendo uma pena total de 8 anos e 5 meses de reclusão.

Afirmam os impetrantes, em síntese, que a "condenação imposta na ação penal nº 2005.61.81.009007-6 [...] diz respeito a um mesmo fato já objeto de condenação na ação penal nº 2006.03.00.026541-0 – a gestão temerária de NELSON no banco Banespa. E tendo havido o trânsito em julgado dessa última condenação, há que se reconhecer a formação de coisa julgada que afeta a tramitação da primeira" (fl. 8).

Sustentam que o crime de gestão temerária pressupõe a prática de diversos atos e, por isso, não poderia o paciente ser condenado duas vezes por gerir o Comitê de Crédito do Banespa, na medida em que os "atos de gestão praticados pelo paciente integram uma mesma e única conduta, a qual não poderia ter sido cindida em múltiplos crimes, múltiplas ações penais e múltiplas condenações" (fl. 27).

Requerem "seja concedida ordem para se declarar a existência de coisa julgada causada pelo trânsito em julgado da condenação imposta na ação penal nº 2006.03.00.026541-0, em relação ao paciente, determinando-se o trancamento do processo-crime nº 2005.61.81.009007-6" (fls. 46-47).

Indeferida a liminar, que pretendia o sobrestamento do curso

Superior Tribunal de Justiça

processual, e prestadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo não conhecimento da ordem (fls. 978-981).



HABEAS CORPUS Nº 444.389 - SP (2018/0079802-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. GESTÃO TEMERÁRIA. CONCURSO DE CRIMES. IMPOSSIBILIDADE. DELITO HABITUAL IMPRÓPRIO. REITERAÇÃO QUE NÃO CONSTITUI A PRÁTICA DE NOVOS DELITOS. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DESTA RELATOR. ORDEM CONCEDIDA.

1. Com a ressalva de entendimento pessoal, a jurisprudência desta Corte firmou a compreensão de que no delito habitual impróprio ou acidentalmente habitual, entre os quais se insere a gestão temerária, um único ato é capaz de consumir o crime, muito embora a reiteração de atos não constitua delito autônomo, mas mero desdobramento dessa habitualidade, de modo que a reiteração não corresponde ao concurso de crimes.

2. Na espécie, mesmo com a existência de contratos de financiamentos distintos, os quais, de per si, foram firmados em nítida gestão temerária, impõe-se o reconhecimento de um único crime, conforme precedentes específicos desta Corte e do STF relativos ao caso. Assim, diante da existência de condenação, com trânsito em julgado, em uma das ações penais deflagradas contra o paciente, devem ser extintas as demais que estejam em tramitação.

3. Ordem concedida para a fim de extinguir a Ação Penal n. 2005.61.81.009007-6, que resultou na condenação autônoma do paciente pelo crime de gestão temerária. Registre-se que essa extinção acaba por acarretar a desconstituição da sentença e do acórdão condenatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Síntese da controvérsia

O habeas corpus centra-se, em resumo, na alegação de que **os mesmos fatos que subsidiaram a Ação Penal n. 2005.61.81.009007-6, que resultou em uma condenação, por gestão temerária, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, foram objeto da Ação Penal n. 2006.03.00.026541-0, a qual também ensejou a condenação do paciente pelo mesmo delito, ao cumprimento de 4 anos e 3 meses de reclusão.**

Assim, "considerando-se as condenações sofridas nas ações penais nº 2005.61.81.009007-6 e nº 2006.03.00.026541-0, o paciente acumula a pena de 08 (oito) anos e 05 (cinco) meses de reclusão – maior do que a pena máxima abstratamente cominada ao crime" (fl. 8).

Afirma a defesa que, embora o delito de gestão temerária seja considerado habitual impróprio - um único ato de gestão já pode configurar o delito -, **a sua reiteração não pode ser tida como pluralidade de delitos.** No ponto, destaca que o *Parquet* não poderia haver cindido os diversos atos de gestão investigados em determinado período e oferecido denúncias separadas, as quais deram origem às ações penais que o paciente responde atualmente.

Por isso, como já houve o trânsito em julgado da Ação Penal n. 2006.03.00.026541-0, em relação ao paciente, objetiva o trancamento do Processo n. 2005.61.81.009007-6.

II. Inexistência de identidade entre os fatos objetos de ambas ações penais

De início, realço que não há identidade entre os fatos que subsidiam as ações penais indicadas pelos impetrantes. Com efeito, a **Ação Penal n. 2005.61.81.009007-6** foi proposta pelo Ministério Público Federal contra 37 pessoas, entre as quais, o paciente, com base em representações originadas em expedientes administrativos desenvolvidos no âmbito do Conselho Diretor do Banespa, em regime de administração temporária (Representação Criminal n. 1.355/95), e pelo Banco Central do Brasil (Representação Criminal n. 1.468/95).

Resumidamente, nesse processo, foi-lhe atribuída a prática de gestão temerária porque, como membro do comitê de crédito do Banespa, **contratou e, posteriormente, renovou Carta de Fiança para a Construtora TRATEX S/A no valor de seis milhões de dólares, que teve que honrar e enviar para os 'créditos em liquidação' (de difícil recebimento). Tais operações se iniciaram, com sua aprovação, em 12/11/1991, e foram devidamente outorgadas em 20/12/1991 (fls. 89-90), com sucessivas renovações até 7/2/1994 (fl. 147).**

Já a **Ação Penal n. 2006.03.00.026541-0** resultou de denúncia oferecida pelo Ministério Público, em 15/12/1995, contra 13 pessoas (fls. 242-253), aí inserido o paciente, também por gestão temerária, porque haveriam **aprovado o financiamento para implantação de linha de produção de fécula de mandioca, no valor aproximado de um milhão e setecentos mil dólares norte-americanos, aprovado pelo Comitê de Crédito em 7/11/1991 (fl. 248).**

Como se observa, **os fatos narrados em ambas as denúncias não são os mesmos, já que se trata de contratos de financiamentos absolutamente distintos, com propósitos que também não se identificam.** A questão defendida pela defesa, porém, está no fato de que a reiteração de gestões temerárias não poderia constituir uma pluralidade de delitos, tal como ocorreu no caso, de modo que não poderia haver concurso de crimes, mas crime único.

III. Crimes habituais e habituais impróprios: ressalva de entendimento pessoal

Os chamados **crimes habituais** pressupõem a prática de uma pluralidade de atos que, isoladamente, **não constitui relevante penal**. Isso significa que, para a configuração desse tipo de delito é necessário um comportamento que denote a prática reiterada e contínua de várias ações, que podem ser traduzidas como um estilo de vida do agente, como ocorre, por exemplo, com o exercício ilegal da medicina (art. 282 do CP) e o curandeirismo (art. 284 do CP).

Logo, **pune-se, nessa hipótese, o conjunto de condutas habitualmente desenvolvidas e não somente uma delas**, que é considerada atípica (v.g., MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011, p. 201). A reiteração de atos, de que devem ser considerados em sua totalidade, portanto, é essencial à

configuração do delito habitual.

Ao lado do crime habitual insere-se o chamado **delito habitual impróprio ou acidentalmente habitual**. Neste caso, um único ato ou conduta é capaz de consumar o delito. Parte da doutrina afirma que muito embora um único ato seja capaz de consumá-lo, **a reiteração de atos não constituiria delito autônomo, e sim mero desdobramento dessa habitualidade, de modo que a reiteração não constituiria o concurso de crimes.**

Penso, contudo, que tal entendimento não é o mais adequado. Ora, **se o delito pode se aperfeiçoar com um único ato, não é possível afirmar, de modo genérico, que a realização de diferentes atos não pode constituir uma pluralidade de delitos.** A própria definição sobre o que vem a ser crime habitual impróprio, que pode configurar o delito com uma única conduta, acaba por contrariar essa ideia.

Deveras, a principal característica do crime habitual é a necessidade de reiteração de atos irrelevantes, mas que em sua totalidade, é considerado crime. **Mas, se no habitual impróprio, um único ato pode configurar o delito, por óbvio que a reiteração de atos também pode ensejar diversos delitos, a depender da finalidade almejada e da produção de lesões distintas.**

Nessa perspectiva, se houver diversos atos de gestão, voltados para a concessão de múltiplos financiamentos, em tempo e modo distintos uns dos outros, mas todos esses financiamentos, por si sós e isoladamente considerados, possam resultar risco demasiado de ocasionar prejuízo a terceiros (com ameaça própria integridade financeira da instituição), não há como compreender como crime único, mas como crimes autônomos cometidos em concurso.

Na direção do que afirmou Walter Coelho "os crimes habituais impróprios nada têm de habituais; são crimes instantâneos, em que a reiteração pode ser circunstância agravante do crime, ou, quando não, implicar continuidade delitiva" (*Teoria geral do crime*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, p.116).

No mesmo sentido: RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira*: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; Ney Fayet Júnior. *Do crime continuado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015; QUEIROZ, Paulo de Souza. *Crime habitual impróprio*. Disponível em:

<https://emporiiododireito.com.br/leitura/crime-habitual-improprio> Acesso em: 12 set 2020).

É bom registrar que entendimento diverso pode ensejar a violação de princípios basilares do direito penal, como o da culpabilidade. Exemplificativamente, suponhamos que uma pessoa, que **por um único ato de gestão produto de aventura**, colocou em risco a integridade financeira de uma instituição, situação que poderia lhe render **a condenação por um único crime de gestão temerária**.

De igual forma, se entendermos que a reiteração de atos (conexos ou não) não constitui delito autônomo, **aquele indivíduo, que por anos, agiu de modo temerário em diversos contratos financeiros, os quais, mesmo considerado isoladamente, já se traduziriam em alta probabilidade de prejuízo à instituição financeira e a terceiros, também seria condenado por um único delito de gestão temerária**.

Por todo o exposto, registro meu pensamento pessoal de que o crime de gestão temerária admite o concurso de crimes, a depender da situação verificada no caso concreto, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

IV. Jurisprudência do STJ e a ocorrência de julgamento específico sobre o caso no STF e, também, nesta Corte

A despeito de todas essas considerações, que refletem minha compreensão sobre o tema, **não há como deixar de observar a jurisprudência que foi construída pelo STJ, bem como a existência de precedente específico do STF e desta Corte que examinou caso similar ao do paciente**.

Em relação à jurisprudência do STJ, como bem pontuou a defesa, firmou-se a compreensão de que muito embora um único ato seja capaz de consumar o delito de gestão temerária, **a reiteração de atos não constituiria delito autônomo, e sim mero desdobramento dessa habitualidade, de modo que haveria o concurso de delitos**. Nesse sentido: AgRg no REsp n. 1.398.829/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 25/3/2015 e HC n. 39.908/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 3/4/2006.

Chama a atenção, no âmbito deste Superior Tribunal, ainda, **a existência de recente aresto proferido em favor do paciente, no qual era**

suscitada a mesma questão ventilada neste habeas corpus. A única diferença deste caso para a hipótese dos autos era que uma das ações penais confrontadas decorria de outro contrato, também firmado no período de gestão do acusado. O acórdão foi assim sumariado:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. TRF3. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (LEI N. 7.492/1986). GESTÃO TEMERÁRIA (ART. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA MESMA LEI). ADMINISTRADOR DO BANESPA. *BIS IN IDEM* CONFIGURADO. ABSOLVIÇÃO.

1. O crime de gestão temerária de instituição financeira caracteriza-se como crime acidentalmente habitual, razão pela qual, embora um único ato seja suficiente para a configuração do crime, a sua reiteração não configura pluralidade de delitos. Precedentes do STJ e do STF.

2. Na hipótese dos autos, mesmo sendo praticados os atos de gestão temerária em situações distintas e com aparentes finalidades diversas, de rigor a aplicação do posicionamento jurisprudencial consolidado, tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o crime de gestão temerária de instituição financeira (art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986) é habitual impróprio ou acidentalmente habitual, pois um único ato pode ser suficiente para a configuração do crime, mas a repetição de atos não configura pluralidade de delitos.

3. **Existindo a condenação anterior, transitada em julgado, do ora paciente Nelson Mancini Nicolau, também pela gestão temerária como administrador da mesma instituição, Banespa, segundo narram as denúncias, em datas próximas, com todos os atos praticados no mesmo exercício, no ano de 2006, configura-se o alegado *bis in idem*, envolvendo a Ação Penal n. 2006.03.00.026541-0, já transitada em julgado, e a Ação Penal n. 2006.03.00.008798-1, objeto do REsp n. 1.352.043/SP.**

4. **Ordem concedida para reconhecer o *bis in idem* e absolver o ora paciente Nelson Mancini Nicolau, nos termos do art. 386, VI, do CPP, das imputações constantes da Ação Penal n. 2006.03.00.008798-1.**

[...] (HC n. 391.053/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 2/8/2019, destaquei).

Observe-se que uma das ações penais é justamente a **Ação Penal n. 2006.03.00.026541-0**, que na hipótese dos autos é confrontada com a **Ação Penal n. 2005.61.81.009007-6**. Ou seja, o fundamento central da

defesa e que foi acolhido por esta Corte no julgamento do **HC n. 391.053/SP** é o mesmo reproduzido neste habeas corpus. No particular, convém o registro de que o referido acórdão **se baseou em julgamento realizado pelo STF, em caso também referente ao paciente e relativo ao período de sua gestão**, cujo aresto recebeu esta ementa:

1. Embargos de declaração. Recurso extraordinário. Teses articuladas no recurso extraordinário não suscitadas no Tribunal *a quo*. Recurso não conhecido, nos termos da Súmula 282 do STF. Inexistência de omissão na decisão embargada. Embargos rejeitados.

2. Crime de gestão temerária de instituição financeira. Lei 7.492/86, art. 4º, parágrafo único. **Crime acidentalmente habitual. Embora um único ato seja apto à configuração da conduta tipificada, a sua reiteração não configura pluralidade de delitos. Precedentes. Concessão de habeas corpus de ofício para excluir da condenação o aumento resultante da continuidade delitiva. (AI n. 714266 AgR-ED/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 1º/3/2013).**

Nessa perspectiva, por coerência, há que se adotado o mesmo entendimento, a fim de preservar a segurança jurídica. É inoportuno pretender o reconhecimento da possibilidade de concurso de crimes, mesmo que sob a forma continuada, sobretudo em desfavor do paciente, **quando há dois precedentes específicos - um do STJ e outro do STF - que reconhecem essa impossibilidade e extinguem as ações penais em tramitação**, uma vez que em uma das ações já há condenação por gestão temerária com trânsito em julgado (**Ação Penal n. 2006.03.00.026541-0**).

V. Dispositivo

À vista do exposto, com a ressalva do meu ponto de vista, **concedo a ordem a fim extinguir a Ação penal n. 2005.61.81.009007-6, que resultou na condenação autônoma do paciente pelo crime de gestão temerária. Registro que essa extinção acaba por acarretar na desconstituição da sentença e do acórdão condenatório relacionada à referida ação penal.**

