

HABEAS CORPUS Nº 208.595 - SP (2011/0126901-6)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO E OUTRO
ADVOGADO : NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : JOSÉ CARLOS BATELLI CORRÊA
PACIENTE : LUIZ ILDEFONSO SIMÕES LOPES
PACIENTE : MÁRCIO ROBERTO RESENDE BIASI

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA GENÉRICA QUE NÃO NARRA SATISFATORIAMENTE AS CONDUTAS IMPUTADAS AOS PACIENTES. FALTA DE JUSTA CAUSA. ACUSAÇÃO BASEADA APENAS NO FATO DE SEREM OS ACUSADOS REPRESENTANTES DE CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS, INTERMEDIÁRIOS NAS OPERAÇÕES ENTRE A FUNCEF E AS CONTRAPARTES NA BM&F. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DOS PACIENTES COM OS SUPOSTOS FATOS DELITUOSOS. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a extinção da ação penal por falta de justa causa ou por inépcia formal da denúncia situa-se no campo da excepcionalidade. É preciso que haja dado incontroverso sobre a impossibilidade de enquadramento de certa conduta nos tipos penais evocados pelo Ministério Público. Além disso, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável para a apreciação de tais temas, pois o **habeas corpus** não se destina à correção de equívocos ou controvérsias que, embora existentes, demandam, para a sua identificação e correção, o exame de fatos e provas.

2. Na espécie, a simples leitura da denúncia, em cotejo com os documentos e fatos nela mencionados, impõe o afastamento das imputações, pois evidente e indisfarçável o constrangimento ilegal a que submetidos os pacientes, sendo o **habeas corpus** remédio constitucional adequado, tendo em vista sua característica de ação constitucional voltada para a defesa da liberdade.

3. Relativamente ao delito descrito no art. 4º da Lei n.º 7.492/86, embora a norma de extensão contida no art. 29 do Código Penal possa incidir sobre os crimes previstos na Lei n.º 7.492/86 – seja por ausência de proibição expressa, seja em virtude de o § 2º do art. 25 da referida lei prever as figuras da participação e da coautoria – e a condição especial do agente, exigida pelo art. 25, comunique-se a terceiros estranhos à instituição financeira, por ser elementar do tipo (inteligência do art. 30 do Código Penal), a peça acusatória sequer menciona que a prática do crime se deu em coautoria ou participação, tampouco demonstra o necessário ajuste de vontades entre o agente qualificado e os pacientes visando a gestão fraudulenta, o que impede o pleno exercício da ampla defesa, nos moldes preconizados pela Constituição Federal.

4. Da mesma maneira, os fatos e conclusões apontados na inicial não descrevem de que modo a conduta de cada um dos pacientes poderia se enquadrar no tipo penal especial do art. 6º da Lei n.º 7.492/86, pois não esclareceu em que consistiu a informação sonogada ou prestada falsamente, nem tampouco quem teria sido induzido em erro, se sócio, investidor ou repartição pública competente.

5. Em relação ao art. 7º da Lei n.º 7.492/86, inevitável que se chegue a idêntica conclusão, levando-se em conta que a denúncia não logrou demonstrar ação ou omissão que tenha dado causa ou contribuído para o evento criminoso, deixando de explicitar, inclusive, qual dos três incisos do tipo penal referido teria sido violado com a conduta dos pacientes. Ademais, os fatos relatados na exordial acusatória teriam ocorrido no ano de 1998, enquanto as operações intermediadas pela empresa na qual atuavam os pacientes somente passaram a ser

consideradas como valores mobiliários em 2001.

6. Em resumo, os quatro elementos apontados pelo denunciante a fim de imputar aos pacientes as condutas descritas nos arts. 4º, 6º e 7º da Lei n.º 7.492/86, quais sejam: assinatura do contrato de prestação de serviços; descumprimento do Regulamento de Operações da BM&F; o teor da cláusula 2.3.1 do contrato de prestação de serviços firmado entre a FUNCEF e a corretora BRASCAN; e o prejuízo causado ao Fundo de Pensão, não se mostram aptos para autorizar a conclusão a que chegou o órgão de acusação na denúncia.

7. Tais documentos e fatos, no máximo meros indícios, com a narrativa genérica, imprecisa e vaga que lhes deu a denúncia, e desacompanhados de elementos idôneos mínimos aptos a atraírem a incidência dos tipos penais não se mostram suficientes a justificar a propositura ou a continuação da ação penal instaurada contra os pacientes, que já se arrasta por mais de seis anos, o que não significa que outra não possa vir a ser proposta com adequados fundamentos e elementos mínimos de prova.

8. Habeas corpus concedido para, de um lado, extinguir, por falta de justa causa, a Ação Penal n.º 2000.61.81.004245-0 em relação ao paciente José Carlos Batelli Corrêa e, de outro, pronunciar a deficiência formal da denúncia e determinar o trancamento da Ação Penal n.º 2000.61.81.004245-0 relativamente aos pacientes Luiz Idelfonso Simões Lopes e Márcio Ribeiro Resende de Biase, ressalvado o oferecimento de outra denúncia, desde que preenchidas as exigências legais mínimas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.
Brasília (DF), 19 de abril de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator

HABEAS CORPUS Nº 208.595 - SP (2011/0126901-6)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de José Carlos Batelli Corrêa, Luiz Ildelfonso Simões Lopes e de Márcio Roberto Resende de Biasi, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Narra a impetração que os pacientes foram denunciados perante o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, porque teriam, na qualidade de Diretores da BRASCAN S.A. Corretora de Títulos e Valores, intermediado operações na Bolsa de Mercadorias e Futuros - BM&F, por ordem dos administradores da Fundação dos Economiários Federais - FUNCEF, nos pregões dos dias 5, 12, 17 e 25 de novembro e 3 de dezembro, do ano de 1998, causando suposto prejuízo à FUNCEF no valor de R\$ 3.449.850,00 (três milhões, quatrocentos e quarenta e nove mil, oitocentos e cinquenta reais).

As condutas ilícitas imputadas aos pacientes foram assim descritas na inicial (fls. 57/80):

Consta nos autos que os denunciados SÉRGIO CUTOLO DOS SANTOS, JOSÉ FERNANDO DE ALMEIDA, JOÃO CARLOS MONTEIRO, JOÃO ALDEMIR DORNELLES, PAULO PATAY, JORGE LÚCIO DE ANDRADE DE CASTRO, MINARLOY OLIVERIA LIMA, JOSÉ CARLOS BATELLI CORRÊA, MÁRCIO ROBERTO RESENDE DE BIASE, LUIZ ILDEFONSO SIMÕES LOPES, com unidade de desígnios e previamente ajustados praticaram fraudes contra a FUNCEF - Fundação dos Economiários Federais - em 1998, através de realização de operações fraudulentas perante BM&F - Bolsa de Mercadorias & Futuros - de São Paulo causando um prejuízo à FUNCEF no valor de R\$ 3.449.850,00. Às tais fraudes, no valor de R\$ 326.730,00 desse montante, aderiram os denunciados PAULO SALIM MALUF, FLÁVIO SALIM MALUF e ARI TEIXEIRA DE OLIVEIRA ORIZA, na forma adiante exposta.

Segundo se apurou, a FUNCEF realizou operações na BM&F com contratos do índice BOVESPA Futuros através da corretora

BRASCAN S/A CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES, entretanto, estas operações foram pré-combinadas entre os denunciados, com o objetivo de transferir recursos desta fundação para terceiros, com patente fraude ao Sistema Financeiro Nacional.

Os Contratos de índice BOVESPA Futuro consistem em operações de compra e venda de carteira de ações do mercado à vista e compra e venda no mercado futuro, com a utilização do índice futuro BOVESPA; caracterizando-se como uma operação de renda fixa com uma taxa contratada entre o mercado presente e futuro, assim, ocorrendo qualquer tipo de variação no mercado, tanto à vista como futuro, a taxa do investimento permanece inalterada.

De fato, com a efetivação destas operações a FUNCEF teve prejuízos significativos, em contraposição a um acúmulo de lucros por parte das pessoas físicas e jurídicas que atuavam como contrapartes nestes contratos.

DO CONTRATO ENTRE A FUNCEF e a BRASCAN

A FUNCEF celebrou contrato com a BRASCAN S/A CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES, tendo sido representada pela BRASCAN FUTUROS, em 31 de outubro de 1996 (fls. 961/971 do apenso IV) que disciplinava a prestação de serviços para intermediação de operações em diversos mercados (disponíveis; a termo; futuro; futuro de índices; de opções e de mercadorias e ativos financeiros).

Assim, a BRASCAN ao operar em nome da FUNCEF perante o BM&F causou diversos prejuízos financeiros a esta, visto que realizou operações de risco, indevidas, fraudulentas, que objetivavam lucros para as contrapartes, e que, basicamente, assentavam-se no chamado 'passa a ficha', jargão do mercado que significa a troca da operação de uma contraparte pela de outra (da posição comprado pela vendido ou vice-versa), com o registro posterior da operação, possibilitando à contraparte ajuste positivo, ainda que tenha, efetivamente, perdido com a operação. Para o êxito dessa combinação, os denunciados contavam com o seguinte **modus operandis** :

- a) as totalidades das ordens de operações foram executadas pela BRASCAN em cinco pregões;
- b) as operações, na maior parte das vezes, foram realizadas nas primeiras duas horas do pregão e envolviam lotes significativos, em tomo de 50 ou mais contratos;
- c) as contrapartes que lucraram com as operações, em contraposição aos prejuízos sofridos pela FUNCEF, estavam basicamente representadas por apenas quatro corretoras, quais sejam: SAFIC, BÔNUS, SÃO PAULO e DC;
- d) além da empresa BRASCAN, a FUNCEF também estava

cadastrada perante outras corretoras, devendo ser salientada a corretora SÃO PAULO, a qual representou algumas contrapartes que foram beneficiadas financeiramente com as operações, como exemplo, o denunciado FLÁVIO MALUF;

e) as operações realizadas pela BRSCAN que lesaram a FUNCEF não estavam embasadas em nenhuma estratégia definida;

f) todos os comitentes que atuaram como contraparte da FUNCEF apresentaram ajustes diários positivos, em contrapartida, a fundação somente contabilizou prejuízos.

Todas estas conclusões foram relatadas no Relatório de Análise n°. 04/99, da CVM - Comissão de Valores Mobiliários - pelo Analista SILVIU FRIEDMANN (fls. 08/53 do apenso I), sendo certo que o analista financeiro do Banco Central ROBERTO RAMOS ALVES ratificou na íntegra o aludido relatório (fls. 122/124).

O Relatório da Análise do Analista da CVM Rubens Postigo (fls. 974/998, apenso 04) também apurou as mesmas irregularidades, sendo constatado o seguinte:

Em relação aos comitentes:

- 1) fichas cadastrais elaboradas às vésperas do início das operações;
- 2) atuação profissional em áreas estranhas ao mercado de valores mobiliários;
- 3) não experiência anterior em qualquer tipo de negócio em mercado futuro;
- 4) índice de acertos elevados pois raramente perderam.

A FUNCEF atuou na tendência contrária ao mercado em 100% de suas operações de compra ou de venda; Indícios de operações pré-combinadas diante do fato dos negócios favorecerem apenas um lado.

DOS DENUNCIADOS RESPONSÁVEIS PELA FUNCEF

Os responsáveis pela FUNCEF, juntamente com o Presidente da Caixa Econômica Federal, geriram fraudulentamente esta fundação, visto que as operações realizadas perante a BM&F acarretaram em prejuízos à FUNCEF no valor de R\$ 3.449.850,00.

O Estatuto da FUNCEF determinava que as aplicações deveriam ser conservadoras no mercado, evitando-se operações altamente arriscadas, com possibilidade de ínfimo retomo à FUNCEF.

Caberia à Diretoria Executiva solicitar ao Conselho de Administração a prévia análise do investimento, contando com exame antecedente do Diretor Financeiro (itens 7.2 e 7.3.7 do Estatuto - Apenso 15, folha 23).

Superior Tribunal de Justiça

Na época dos ilícitos praticados, os responsáveis pela FUNCEF eram os seguintes:

a) SÉRGIO CUTOLO DOS SANTOS era Presidente da Caixa Econômica Federal à época dos fatos, responsável pela nomeação de JOSÉ FERNANDO DE ALMEIDA, como presidente da FUNCEF. Este denunciado era supervisor das atividades da FUNCEF, cabendo a este fiscalizar as operações financeiras e de investimentos desta fundação, dentre estas as efetivadas perante a Bolsa de Mercadorias e Futuros.

Competia a SÉRGIO CUTOLO supervisionar os relatórios de atividades de movimentação de recursos da FUNCEF, e tendo conhecimento das práticas fraudulentas que acarretaram no desvio de valores da FUNCEF, este denunciado não determinou a interrupção das atividades de investimentos de risco, ao contrário, avalizava as operações irregulares perante à BM&F autorizadas por JOSÉ FERNANDO DE ALMEIDA, Presidente da FUNCEF, e pelos integrantes da Diretoria Executiva, Conselho de Administração e Diretoria Financeira.

Em seu interrogatório em sede policial (fl. 895) SÉRGIO CUTOLO afirmou que era 'supervisor das atividades da FUNCEF'.

Assim, como Presidente da Caixa Econômica Federal, este denunciado agiu em conluio com os demais administradores da FUNCEF, autorizando e concordando com as manobras fraudulentas praticadas em detrimento do patrimônio da FUNCEF.

O depoimento da testemunha MAGDA SUSANA DE VASCONCELOS (fl. 813/816) confirma o acima exposto:

'... sua passagem pelo CJK. da FUNCEF foi de muita luta, resistência e debates a respeito de determinadas condutas de membros da DE, Presidente da FUNCEF e da Caixa Econômica Federal'.

b) JOSÉ FERNANDO DE ALMEIDA era o Presidente da FUNCEF, sendo o responsável pela gestão fraudulenta desta fundação no período de 1998. Cabia a este denunciado, juntamente com os integrantes da Diretoria Executiva, Conselho de Administração e Diretoria Financeira a verificação e autorização das operações perante à BM&F.

c) JOSÉ CARLOS MONTEIRO era Presidente do Conselho Administrativo da FUNCEF, cabendo a ele analisar os investimentos realizados pelo fundo; e mesmo sendo as operações fraudulentas e de grande risco, não impediu que as mesmas fossem realizadas.

d) JOÃO ALDEMIR DORNELLES e PAULO PATAY eram membros do Conselho Administrativo da FUNCEF apresentavam

poderes para não autorizar investimentos arriscados (itens 6.2, 6.14, 6.4 c/c item 7.1.1 - Apenso 15, fls. 19/21), quais sejam: valores elevados com ínfima rentabilidade, os quais não seriam conservadores à FUNCEF - como determinava o Estatuto; entretanto, concordaram com as operações fraudulentas, anuindo com os Presidente da FUNCEF e da CEF.

e) JORGE LÚCIO DE ANDRADE DE CASTRO era membro do Comitê de Investimentos (de 16/06/94 a 12/09/96) e Diretor de Finanças da FUNCEF (de 12/09/96 a 14/01/99) indicado por SÉRGIO CUTOLO era quem dava as ordens de negócios para operação de índice na BM&F para a BRASCAN. conforme confessou às folhas 797/803; e detinha conhecimento técnico na área de investimentos, especialmente investimentos de renda variável (conforme salientou em seu interrogatório policial). Era este denunciado quem determinava qual estratégia seria utilizada na realização dos negócios do dia, ou seja, qual aplicação, na compra ou venda de ações e índices futuros seria realizada.

f) MINARLOY OLIVEIRA LIMA era Gerente de Investimentos Financeiros e foi convidada pelo denunciado JORGE LÚCIO DE CASTRO. Tendo grande conhecimento no mercado financeiro mobiliário auxiliava JORGE LÚCIO nas decisões referentes às ordens de negócios realizadas. De acordo com seu interrogatório em sede policial (fls. 869/875) 'era responsável pela movimentação de recursos da ordem aproximadamente de R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais) a serem aplicados no mercado de renda fixa e renda variável. Esta denunciada também cadastrava as operações do dia na mesa de operações, com autorização do Diretor Financeiro. Também era responsável pela análise prévia dos investimentos feito em bolsa, e pela emissão de ordem de negociação no mercado, que contava com prévia anuência do Diretor Financeiro JORGE LÚCIO.

A testemunha MAGDA SUSANA DE VASCONCELOS, ex-membro do Conselho de Administração da FUNCEF, declarou o seguinte (fls. 813/816):

'...durante todo o período em que estive a frente do C.A. da FUNCEF tentou por diversas vezes impedir a má gestão de recursos da FUNCEF por parte da Diretoria Executiva.

... sua passagem pelo CA. da FUNCEF foi de muita luta, resistência e debates a respeito de determinadas condutas de membros da DE, PRESIDENTE DA FUNCEF E DA CEF.

... fatos duvidosos e suspeitos ... tais como: Mercado Mobiliário e Imobiliário ...

DOS DENUNCIADOS RESPONSÁVEIS PELA BRASCAN

A corretora BRASCAN atuou como representante da FUNCEF

Superior Tribunal de Justiça

em cinco pregões, sendo certo que as operações financeiras efetivadas pela BRASCAN sempre geraram prejuízos à FUNCEF, enquanto que as contrapartes (pessoas físicas e jurídicas que negociaram ações com a FUNCEF através de outras corretoras) sempre obtinham lucro.

Deve-se salientar que as compras e vendas de índice futuro realizadas pela BRASCAN representando a FUNCEF no mercado da bolsa e futuros não ocorreram com inúmeros comitentes, diversamente do que costuma acontecer no mercado de São Paulo, que é o maior da América Latina, sendo constatada a participação de poucas contrapartes, as quais eram representadas por apenas 04 corretoras: SAFIC, BÔNUS, SAO PAULO e DC.

O contrato de prestação de serviços realizado entre a FUNCEF e a BRASCAN disciplinava em sua cláusula 2.3.1 que a BRASCAN deveria 'se recusar ou abster-se de executar, total ou parcialmente, ordens para a realização de operações no mercado de opções/futuro a favor da FUNCEF, bem como cancelar as ordens pendentes se as ordens a serem executadas representarem riscos excessivos em relação à sua capacidade financeira' (Apenso 4, fl. 965).

Entretanto, contrariando disposição contratual, a BRASCAN realizou propositamente inúmeras operações de risco (altos investimentos com previsão de retomo ínfimo) as quais causaram um prejuízo de R\$ 3.449.850,00 à FUNCEF.

19. Estes contratos de índice BOVESPA futuro são de alto risco, visto que são mais vulneráveis a informações políticas, climáticas e religiosas, não sendo aconselháveis para investimentos conservadores.

Além disso, operações com derivativos são de curto prazo (o prazo de contrato da BM&F é extremamente curto, normalmente até dois meses, com volatilidade intrínseca e potencial de perda grande), o que não condiz com os objetivos de segurança de um fundo de pensão (FUNCEF), cujos compromissos são de longo prazo.

Na época dos ilícitos perpetrados, os responsáveis pela BRASCAN eram os seguintes:

- a) JOSÉ CARLOS BATELLI CORRÊA - Diretor da BRASCAN e
- b) LUIZ ILDEFONSO SIMÕES LOPES - Diretor e Vice-Presidente da BRASCAN determinaram a efetivação das operações fraudulentas perante a BM&F por parte do Diretor de Operação de Mesa MÁRCIO DE BIASE, os quais, agindo com unidade de desígnios dos administradores da FUNCEF e Presidente da CEF, foram os responsáveis pela realização dos contratos de índice Bovespa Futuro, perante a BM&F, contrariando o Contrato Celebrado com FUNCEF (fls. 961/971), o qual proibia a emissão de ordens que trouxessem riscos excessivos à fundação. Deve-se ressaltar, ainda, que estes denunciados subscreveram o

Superior Tribunal de Justiça

aludido contrato celebrado com a FUNCEF (fl. 971).

c) MÁRCIO ROBERTO REZENDE DE BIASE - Diretor de Operação de Mesa da BRASCAN, sendo responsável pelas operações de BM&F desta corretora, gerenciando os operadores de mesa e pregão, e respondendo pelos procedimentos de operação de mesa.

Os diretores da BRASCAN operaram perante a Bolsa de Mercadorias e Futuros de forma totalmente irregular, efetivando manobras que encobriram as operações lesivas à FUNCEF.

Tais manobras, que compõem junto com as demais já indicadas, o conjunto de irregularidades levadas a efeito para o êxito do chamado 'passa a ficha' e, bem assim, do desvio de valores em proveito alheio, com a indução em erro da repartição pública competente, consistiram também:

I) na suspensão das gravações das ordens de negócio pelos administradores da FUNCEF: foi determinada a suspensão das gravações das ordens (de compra e venda) dos operadores da mesa da BM&F, objetivando não restar evidências das operações fraudulentas e lesivas à FUNCEF, as quais geraram lucros concentrados às contrapartes.

A testemunha MAGDA SUSANA DE VASCONCELOS confirma às folhas 813/816 tal fato ao dizer: 'as operações de mesa da FUNCEF, no início dos anos 90, eram gravadas, sendo desativadas em data que a declarante não sabe precisar, o que facilitou sobremaneira um controle maior, bem como permitiu a facilitação de possíveis operações fraudadas ou temerárias...!'

II) na utilização de boletos e relógio datador para controle das operações em vez de meio eletrônico: a partir de 1986 todas as operações na BM&F passaram a ser registradas por meio eletrônico, entretanto, objetivando encobrir as fraudes perpetradas, os diretores da BRASCAN utilizaram boletos e relógio datador (seqüenciador de execução de ordens de operações) para registrar as operações ilícitas, visto que boletos manuais podem ser facilmente adulterados, sendo inseridas informações inverídicas.

Ademais, o relógio datador não é utilizado nas operações da BM&F, mas sim perante a BOVESPA; outro fato que causa estranheza.

O denunciado MÁRCIO ROBERTO REZENDE DE BIASE - Diretor de Operação de mesa da BRASCAN, relatou como eram efetivadas as operações, informando que o cliente, no caso a FUNCEF, ligava para o operador de mesa e este abria uma ordem através do boleto, e a repassava para o operador no pregão na aquisição ou vendas de contratos. Após o cumprimento da ordem o pregão anotava as transações nas boletas e passava para registro na bolsa.

Após a descoberta das fraudes, foi constatado que os registros constantes nos boletos referentes às operações realizadas pela

BRASCAN não estavam de acordo com o relógio datador. Sobre esta questão MÁRCIO DE BIASE informou que houve um problema no relógio datador, o qual não estava marcando a hora certa, fato que só foi descoberto em 1999 com a investigação da CVM. Entretanto, este argumento não prospera, pois impossível se acreditar que o relógio datador ficaria quebrado por cerca de um ano, e este fato passasse despercebido pelos operadores de mesa, gerente e diretor.

III) A BRASCAN não tinha atribuição para operar no mercado futuro Junto à BM&F: embora a BRASCAN não tivesse atribuição para operar junto à Bolsa de Mercadorias e Futuros, os diretores desta celebraram o Contrato com a FUNCEF de folhas 961/971, que previa a prestação de serviços para intermediação de operações nos mercados de futuro.

O denunciado JOSÉ CARLOS BATELLI CORRÊA - Diretor da BRASCAN - quando indagado sobre esta questão afirmou que realmente a BRASCAN não tinha esta atribuição, contudo, informou que não se recordou porque assinou o aludido contrato.

Além dos relatórios elaborados pela Comissão de Valores Mobiliários, as fraudes e irregularidades perpetradas contra a FUNCEF também foram constatadas pela empresa de auditoria POLICON EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/C LTDA. e pelo escritório de advocacia BOCATER, CAMARGO, COSTA e SILVA.

O relatório da POLICON - empresa contratada em junho de 2001 (fl. 29, DOC. 10) constatou o seguinte:

'Nas operações de contratos futuros do índice Bovespa (IBOVESPA), realizadas na Bolsa Mercantil e de Futuros (BM&F) no período analisado (Dez/95 a Dez/98), a FUNCEF sofreu um prejuízo líquido de aproximadamente R\$ 69 milhões, em valores históricos, conforme Relatório Preliminar de Ativos Mobiliários da FUNCEF.

Nesse período, a FUNCEF participou de 14 diferentes vencimento de contratos, e um total de 18, realizando diversas operações nos 126 pregões da BM&F em que participou na venda ou recompra de contratos. Nos 14 vencimentos dos quais participou, a FUNCEF sofreu prejuízo em 10 e obteve lucro em 4. O total de prejuízos realizados foi de R\$ 76.2 milhões, e o de lucros obtidos foi de R\$ 6.5 milhões, (fí. 145, DOC. 10)

No período analisado, a FUNCEF operou mais intensamente no período de alta da bolsa, efetuando vendas de contratos futuros por preços que, em média, foram inferiores aos preços médios de recompra ou de liquidação dos contratos, sofrendo, em conseqüência, prejuízo em tais operações. Por outro lado, no período de baixa do mercado, a FUNCEF operou muito pouco, ou não operou, limitando, por essa razão, as possibilidades tanto de ganho quanto de

perda. (fí. 146, DOC. 10)

As estatísticas acima (constantes no quadro nº 5 de fí. 154) demonstram que a FUNCEF operou sistematicamente de forma equivocada: (i) perdeu na maioria das operações, (ii) as perdas foram quase sempre maiores que os ganhos, e (iii) deixou de operar quando poderia obter lucro. (fí. 155, DOC. 10).

Como se observa no Quadro nº 6 (de folha 157, DOC. 10), abaixo, em 126 pregões em que a FUNCEF operou, no período de Dez/95 a Dez/98, a FUNCEF perdeu em 124 (98,4%) e ganhou somente em 2 (1,6 %). A diferença de preço em desfavor da FUNCEF provocou uma perda total de R\$ 26,2 milhões, em média, equivalente a 1,01% do Preço de Ajuste.

Perdas ou ganhos sucessivos, por um longo período de tempo, não estão de acordo com hipóteses que regem o comportamento dos fenômenos no mercado financeiro. A hipótese de não arbitragem, por exemplo, afirma que mediante uma oportunidade de ganho sem risco, os preços dos ativos envolvidos ajustar-se-ão imediatamente, de forma a eliminar esta possibilidade (fí. 158. DOC. 101).

Considerando o acima exposto, entendemos que as operações realizadas com contratos futuros do IBOVESPA, no período de Dez/95 a Dez/98, devem ser classificadas como típicas operações de venda e compra, com objetivo de auferir ganho com a variação de preço de mercado, de natureza especulativa. Como tal, contribuíram negativamente para o desempenho da FUNCEF, na medida em que provocaram a diminuição da taxa de retomo sem que se tenha verificado uma contribuição efetiva para a redução do risco global da carteira de ações, que justificasse a realização de tais operações à luz da Moderna Teoria dos Portfólios.

Outrossim, analisando as operações no mercado futuro, isoladamente, verificamos a ocorrência de assimetrias, apontadas em nosso estudo, que contribuíram para o resultado negativo, em especial, os prejuízos sistemáticos verificados na execução das operações na BM&F.

A existência de um perdedor sistemático contraria os pressupostos de um mercado provavelmente eficiente.

Em mercados como o da BM&F, não se pode admitir que existam estratégias operacionais que resultem sistematicamente em ganhos ou perdas.

Importante lembrar, por último, que o preço de ajuste é calculado pela BM&F com base no preço médio da última meia-hora de pregão. Constatando a ocorrência de perda sistemática, as operações poderiam ter sido distribuídas ao longo da última meia-hora de pregão, de forma a obter um preço médio próximo, algumas vezes favorável, outras

vezes desfavorável, ao Preço de Ajuste, jamais sempre favorável ou desfavorável.

Isto posto, na nossa opinião, de acordo com os padrões que orientaram a elaboração deste trabalho, as operações realizadas pela FUNCEF no mercado futuro, com contratos do BOVESPA, no período de Dez/5, Dez/98, deixaram de atender os requisitos exigidos de qualidade, adequação e razoabilidade, quer sejam consideradas isoladamente quer sejam consideradas em conjunto com os demais investimentos da carteira de ações, justificando-se, portanto, o questionamento feito pelos atuais administradores a respeito dos prejuízos sofridos pela FUNCEF e seus beneficiários em decorrência dessas operações.

O escritório de advocacia BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA também foi contratado pela FUNCEF para proceder ao exame dos atos da administração desta fundação que envolvem as operações com índice Ibovespa futuro, durante o período compreendido entre dezembro de 1995 a dezembro de 1998 (fl. 40, DOC. 10).

Procedida a análise dos atos administrativos da FUNCEF o aludido escritório de advocacia concluiu o seguinte:

À vista do exposto, podemos concluir que as operações com contratos futuros IBOVESPA se realizaram sem as cautelas desejáveis para o exercício de atividade relacionada com a gestão do patrimônio da Fundação, que requer a diligência e o cuidado que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios ('bônus pater familias').

Aqui se exacerba tal dever, em virtude de se tratar de uma atividade extremamente especializada, que pressupõe o domínio de conhecimentos específicos por parte dos titulares das respectivas competências, razão pela qual poucas excusas são cabíveis nesse contexto peculiar, (fl. 64, DOC. 10)

... ressalte-se que a conduta adotada pelos Diretores de Finanças, durante o período compreendido entre dezembro de 1995 e dezembro a 1998, resultou em prejuízo, oriundo da forma de execução das operações no mercado futuro, da ordem de R\$ 26,3 milhões, afetando os resultados da fundação, causando, por conseguinte, dano ao patrimônio de seus beneficiários, dano esse que estavam aqueles diretores incumbidos de remediar por força de seu manifesto poder de vigilância. Assumidas e provadas essas premissas, os requisitos acima listados se perfazem, autorizando, assim, o emprego das providências judiciais e administrativas cabíveis.' (fl. 65, DOC. 10)

Superior Tribunal de Justiça

Outrossim, restou provada a gestão fraudulenta por parte dos diretores da FUNCEF e do presidente da CEF que dilapidaram o patrimônio desta fundação, gerando lucros indevidos às contrapartes.

DAS CONTRA PARTES: PAULO SALIM MALUF e FLÁVIO MALUF

[...]

Assim agindo, estão os denunciados incursos nos seguintes ilícitos:

SERGIO CUTOLO DOS SANTOS, JOSÉ FERNANDO DE ALMEIDA, JOSÉ CARLOS MONTEIRO, JOÃO ALDEMIR DORNELLES, PAULO PATAY, JORGE LÚCIO DE ANDRADE DE CASTRO, MINARLOY OLIVEIRA LIMA (FUNCEF): artigos 4º 'caput', 5º, 6º e 10º da Lei 7.492/86.

JOSÉ CARLOS BATELLI CORRÊA, MÁRCIO ROBERTO REZENDE DE BIASE, LUIZ ILDEFONSO SIMÕES LOPES (BRASCAN): artigos 4º, 'caput', 6º e 7º da Lei 7.492/86.

FLÁVIO MALUF, PAULO SALIM MALUF e ARI TEIXEIRA DE OLIVEIRA ARIZA: artigos 4º 'caput', 5º e 6º da Lei 7.492/86 e artigo 1º incisos V e IV. parágrafo 2º, inciso I da Lei 9.613/98.

No Tribunal Regional Federal da 3ª Região, impetrou-se **habeas corpus** com o fim de se extinguir a ação penal. Foi lá a ordem denegada nos termos desta ementa (fls. 44/55):

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

1. *Inépcia da denúncia afastada. A exordial acusatória contém a exposição clara e objetiva dos fatos alegadamente delituosos, o que possibilita aos pacientes o exercício pleno do direito à ampla defesa.*

2. *A afirmação de que os pacientes só executavam ordens, é questão que demanda a análise de provas, incabível na estreita via do **habeas corpus**.*

3. *A inocência dos pacientes poderá ser avaliada após o curso da instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.*

4. *Ordem denegada.*

No Superior Tribunal de Justiça, alegam os impetrantes, a princípio, que o Ministério Público Federal utilizou-se de apenas 3 (três) meses de aplicações financeiras, escolhidos de forma arbitrária, para embasar a denúncia, tendo desconsiderado a totalidade dos 3 (três) anos de operações do Fundo de Pensão.

Ressaltam que os pacientes não foram indiciados no inquérito

administrativo que investigou os mesmos fatos da ação penal, instaurado perante a Comissão de Valores Mobiliários - CVM.

Acrescentam que o mencionado inquérito teria apurado as aplicações da FUNCEF entre os anos de 1995 e 1998, limitando-se a identificar algumas anomalias no comportamento do referido Fundo de Pensão, do qual os pacientes nunca foram administradores. Na oportunidade, não foi atribuída responsabilidade à corretora BRASCAN, que atuou tão somente no último ano, inclusive não tendo sido identificada, nesse período, nenhuma perda para o Fundo dos Economiários Federais.

Argumentam ser inadmissível a inclusão dos diretores da corretora BRASCAN - ora pacientes - no pólo passivo da ação penal, sob pena de ocorrência de responsabilidade penal objetiva.

Explicam que, não obstante a exordial acusatória afirme que a BRASCAN teria executado operações que causaram prejuízo à FUNCEF e lucro às contrapartes - representadas por outras quatro corretoras: SAFIC, BONUS, SÃO PAULO e DC -, a denúncia foi rejeitada pelo Magistrado de primeiro grau em relação a estas, enquanto a BRASCAN, por ter cumprido ordens legais e das quais não poderia dissentir, teve os três diretores denunciados.

Ainda segundo os impetrantes, a inclusão dos pacientes no polo passivo da ação penal deu-se unicamente por exercerem, à época dos fatos, cargos de direção na BRASCAN, tendo em vista que, a todo o momento, a denúncia se refere à pessoa jurídica, e não aos pacientes individualmente.

Quanto à imputação do crime de gestão fraudulenta, descrito no art. 4º da Lei n.º 7.492/1986, destacam que os pacientes não tinham influência sobre a administração da FUNCEF, de forma que não poderiam responder por eventuais atos de gestão fraudulenta perpetrados contra a Instituição.

Sublinham que a BRASCAN e a FUNCEF possuíam como único vínculo a prestação de serviços, que consistia na "intermediação de operações nos mercados disponíveis, a termo, futuro, futuro de índices, de opções, de mercadorias e ativos financeiros a serem realizadas nas Bolsas de Valores e Bolsas de Mercadorias & Futuro do Rio de Janeiro e de São Paulo" (fls. 24/25).

Superior Tribunal de Justiça

Aduzem que da leitura da exordial acusatória não se enxerga a individualização da conduta de cada um dos pacientes capaz de demonstrar a prática do delito descrito no art. 6º da Lei n.º 7.492/1986, deixando a inicial de esclarecer quais informações teriam sido sonegadas ou prestadas falsamente, além de não apontar quem teria sido induzido em erro.

Asserem que, deixando a peça acusatória de oferecer dados essenciais e de fundamental importância, bem como de demonstrar o liame e ajuste dos fatos concretos aos elementos do tipo penal, torna-se impossível o exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo inequívoco o constrangimento ilegal a que submetidos os pacientes.

Relativamente ao art. 7º da Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, ponderam que as operações com derivativos intermediadas pela BRASCAN passaram a ser consideradas como valores mobiliários somente após o ano de 2001 – com a publicação Lei n.º 10.303/2001, que alterou o art. 2º da Lei n.º 6.385/1976.

Desse modo, entendem abusivo cogitar-se da prática do referido crime, supostamente ocorrido em 1998, envolvendo a emissão, oferecimento ou negociação de títulos mobiliários, que não eram assim considerados à época dos fatos.

Ressaltam - também no que tange ao art. 7º da Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional - que a denúncia apenas faz menção ao tipo penal violado, não indicando em que incisos teriam incorrido os pacientes, bem como deixa de descrever minimamente as condutas praticadas, detendo-se a fazer referência genérica e vazia aos elementos característicos da conduta típica.

Diante disso, requerem:

a) o trancamento da ação penal, no que concerne ao crime de gestão fraudulenta, quer pela falta de justa causa para o processamento do feito, quer pela manifesta inépcia da denúncia, que não descreve a participação dos pacientes, incluindo-os no pólo passivo apenas por exercerem cargos de direção no conglomerado BRASCAN, à época dos fatos;

b) o trancamento da ação penal, quanto a imputação do art. 6º da Lei n.º 7.492/1986; e

c) o trancamento da ação penal, no que tange à imputação do art. 7º da

Superior Tribunal de Justiça

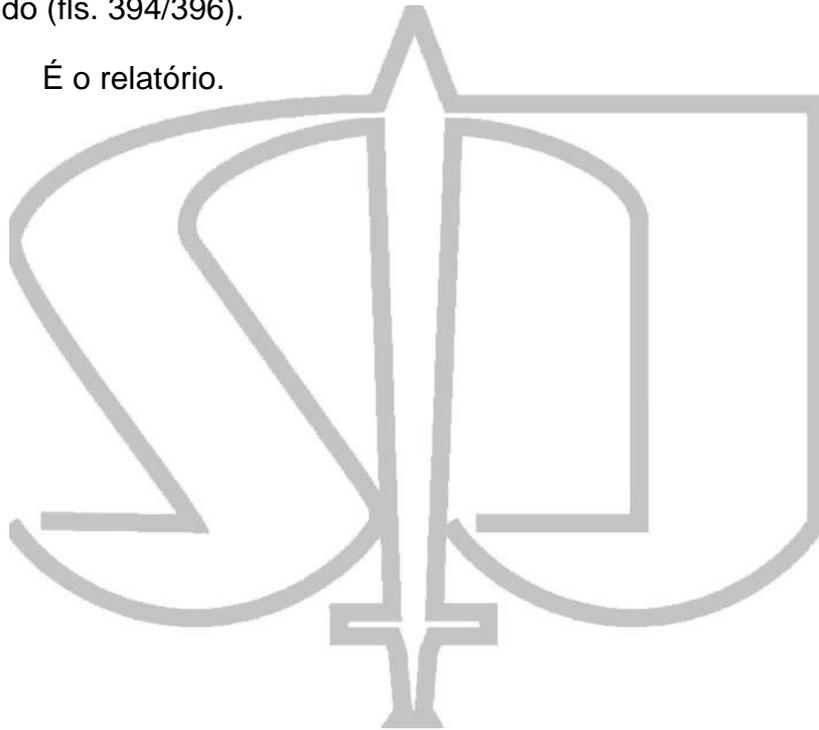
Lei n.º 7.492/1986, diante da imprestabilidade da denúncia e da ausência de justa causa para o processamento do feito.

O pedido liminar foi indeferido pelo antigo relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (fls. 337/339).

Prestadas as informações (fls. 347/358), a douta Subprocuradoria Geral da República, ao manifestar-se, opinou pela denegação da ordem (fls. 366/370).

O pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a pretensão liminar foi indeferido (fls. 394/396).

É o relatório.



HABEAS CORPUS Nº 208.595 - SP (2011/0126901-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

São submetidas ao Poder Judiciário, cada vez mais frequentemente, questões que envolvem os denominados crimes societários, caracterizados como aqueles praticados pelo indivíduo, isolada ou coletivamente, agindo em nome de determinada pessoa jurídica, como seu representante ou mandatário.

Superior Tribunal de Justiça

No entanto, mormente em expressivas organizações empresariais, torna-se demasiadamente dificultosa a identificação da origem dos atos volitivos que dão ensejo àquela espécie de delito, o que acarreta a inevitável consequência de ser esse tipo de crime fenômeno de difícil individualização.

O operador do direito vê-se, assim, diante de tormentosa situação, vez que deve perseguir a reivindicação social no sentido de reprimir a criminalidade econômica no seio das organizações empresariais, mas, também, deve ter em mente que não pode alijar de tal persecução os preceitos garantidores da responsabilidade penal subjetiva, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Como cediço, diante do modelo de responsabilidade penal adotado pelo nosso ordenamento jurídico, e, principalmente, em vista dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, assim como dos arts. 8º, item 2, letra **b**, da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica -, e art. 41 do Código de Processo Penal, compete ao Ministério Público pormenorizar, no bojo da competente denúncia, inclusive no âmbito dos denominados crimes societários, os comportamentos que, atribuídos ao agente, subsumem-se aos preceitos legais supostamente violados.

Corroborando esse entendimento, leciona Hugo de Brito Machado:

Admitir-se a denúncia na qual alguém é acusado pelo simples fato de ser gerente, ou diretor, ou até simplesmente sócio ou acionista de uma sociedade, como se tem visto, é admitir não apenas a responsabilidade objetiva, mas a responsabilidade por fato de outrem, o que indiscutivelmente contraria os princípios do Direito Penal de todo o mundo civilizado. (Estudos de direito penal tributário. São Paulo: Atlas)

Na mesma linha, põe-se a conclusão de Aury Lopes:

Tradicionalmente, entendeu-se que 'evidentemente não constituir crime' significava, apenas, atipicidade manifesta. Contudo, esse não é um critério adequado. Inicialmente, deve considerar que o inciso I do art. 43 do CPP fala em 'crime'. Ainda que se possa discutir se crime é fato típico, ilícito e culpável ou um injusto típico, ninguém nunca defendeu que o conceito de 'crime' se resumia à tipicidade. Logo,

atendendo ao referencial semântico da expressão contida no CPP, deve-se trabalhar com o conceito de crime e depois de 'evidentemente'. Quanto ao conceito de crime, nenhuma dúvida temos de que a acusação deve demonstrar a tipicidade aparente da conduta.

Como muito bem destacou JARDIM, 'não nos parece correta a afirmativa de que para sua admissibilidade basta que a denúncia estela lastreada em prova da autoria e materialidade. Se analisarmos tais elementos ao nível da dogmática penal, vamos constatar que autoria e materialidade não chegam sequer a configurar um juízo de tipicidade, na medida em que as normas penais incriminadoras têm outros elementos essenciais, quer subjetivos, descritivos ou normativos'.

Não existe nenhuma presunção de veracidade da peça acusatória – seja ela denúncia ou queixa – e todos os fatos alegados devem ser demonstrados em grau de probabilidade para a admissão.

(LOPES JR., Aury, Direito Processual Penal: e sua conformidade constitucional, 3ª Ed., Lumen Juris, p. 335)

Desse modo, o membro do **Parquet** não pode deixar de observar as exigências insculpidas no art. 41 do Código de Processo Penal, sob pena de incorrer em inequívoca ofensa jurídico-constitucional quando da persecução criminal em face daqueles que, supostamente, praticaram delitos societários.

No entanto, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a tendência de se atenuar, em se tratando de crimes societários, a necessidade de descrição minuciosa das condutas dos agentes envolvidos, diferindo-se para a instrução do processo a individualização dos fatos atribuídos à sociedade empresarial.

Depreende-se que tais decisões estão alicerçadas, basicamente, sobre dois fundamentos. O primeiro, estritamente firmado em consideração de ordem prática, diz respeito à dificuldade, já apontada alhures, com a qual se defrontam os órgãos de persecução penal em penetrar na estrutura societária, de modo a conhecer as deliberações tomadas no âmbito da vida empresarial. O segundo, leva em consideração o disposto no art. 569 do Código de Processo Penal, que autoriza que as omissões da denúncia ou da queixa sejam supridas a todo tempo, antes da sentença final. Com fulcro no aludido dispositivo, seria possível postergar-se para a fase instrutória do processo criminal a pretensa individualização das responsabilidades dos agentes envolvidos.

Superior Tribunal de Justiça

Entretanto, o exame das mais recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sinaliza uma mudança de entendimento em relação à impossibilidade de denúncia genérica no âmbito dos crimes societários, de modo a repelir os fundamentos abordados acima.

De fato, a impossibilidade de os órgãos de persecução penal conhecerem da intimidade da vida societária anteriormente à instauração do processo não poderia autorizar o oferecimento de denúncia genérica. Em outras palavras, não é possível compensar o déficit investigatório com a violação de garantias fundamentais, notadamente relativas ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Em relação ao segundo fundamento, os Tribunais Superiores estavam a conferir interpretação equivocada ao art. 569 do Código de Processo Penal. Em outros termos, as omissões passíveis de serem sanadas, antes da sentença, são aquelas que não dizem respeito a elementos essenciais da acusação. Referem-se, apenas, a falhas que não impedem o exercício do contraditório ou da ampla defesa.

A propósito, confira-se o magistério de Guilherme de Souza Nucci:

Eventuais omissões da denúncia, da queixa ou da representação podem ser, desde que configurem meras irregularidades, sanadas a qualquer tempo, antes da sentença final, entendida esta como a do juiz de primeiro grau, avaliando o mérito da causa. Se as omissões forem graves, a ponto de prejudicar a defesa, não há possibilidade de convalidação, merecendo ser reiniciado o processo, refazendo-se a peça inicial ou colhendo-se outra representação. (Código de Processo Penal Comentado. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais).

Desse modo, não se poderia lançar mão do aludido dispositivo para, quando da instrução processual, especificar condutas e individualizar agentes no âmbito dos crimes societários.

Sem dúvida alguma, a ausência de individualização do comportamento do agente faz emergir, desse ato processual, sério atentado aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, bem como ao art. 41 do Código de Processo Penal.

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica,

passou a adotar, recentemente, decisões nesse sentido:

EMENTA: 1. **Habeas corpus**. Crimes contra a Ordem Tributária (Lei no 8.137, de 1990). Crime societário. 2. Alegação de denúncia genérica e que estaria respaldada exclusivamente em processo administrativo. Ausência de justa causa para ação penal. Pedido de trancamento. 3. Dispensabilidade do inquérito policial para instauração de ação penal (art. 46, § 1o, CPP). 4. **Mudança de orientação jurisprudencial, que, no caso de crimes societários, entendia ser apta a denúncia que não individualizasse as condutas de cada indiciado, bastando a indicação de que os acusados fossem de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos.** Precedentes: HC no 86.294-SP, 2a Turma, por maioria, de minha relatoria, DJ de 03.02.2006; HC no 85.579-MA, 2a Turma, unânime, de minha relatoria, DJ de 24.05.2005; HC no 80.812-PA, 2a Turma, por maioria, de minha relatoria p/ o acórdão, DJ de 05.03.2004; HC no 73.903-CE, 2a Turma, unânime, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 25.04.1997; e HC no 74.791-RJ, 1a Turma, unânime, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 09.05.1997. 5. **Necessidade de individualização das respectivas condutas dos indiciados.** 6. **Observância dos princípios do devido processo legal (CF, art. 5o, LIV), da ampla defesa, contraditório (CF, art. 5o, LV) e da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1o, III).** Precedentes: HC no 73.590-SP, 1a Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 13.12.1996; e HC no 70.763-DF, 1a Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.09.1994. 7. No caso concreto, a denúncia é inepta porque não pormenorizou, de modo adequado e suficiente, a conduta dos pacientes. 8. **Habeas corpus** deferido. (HC n.º 85.327/SP, relator o Ministro **GILMAR MENDES**, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento: 15/08/2006)

A posição mais recente do Supremo Tribunal Federal encontra eco na doutrina pátria. Vicente Greco Filho, corroborando a posição manifestada pelo Pretório Excelso, assevera:

Outro requisito essencial à ampla defesa é a apresentação clara e completa da acusação, que deve ser formulada de modo que possa o réu contrapor-se a seus termos. É essencial, portanto, a descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias. Uma descrição incompleta, dúbia, ou que não seja de um fato típico penal gera a inépcia da denúncia e nulidade do processo, com a possibilidade de trancamento através de 'habeas corpus', se o juiz não rejeitar desde logo a inicial. Para que alguém possa preparar e realizar sua defesa é preciso que esteja claramente descrito o fato de que deve defender-se. (Manual de Processo

Superior Tribunal de Justiça

Penal. São Paulo: Saraiva, p. 64).

Essa orientação tem, hoje, o beneplácito de ambas as Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

A - CRIMINAL. HC. DESCAMINHO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME SOCIETÁRIO. IMPUTAÇÃO BASEADA NA CONDIÇÃO DE SÓCIO DE EMPRESA. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DO PACIENTE COM OS FATOS DELITUOSOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA.

Hipótese em que o Ministério Público imputou ao paciente a suposta prática dos crimes previstos no art. 1º, incisos I e II da Lei nº 8.137/90, arts. 334, § 1º, "c" e 288 c/c art. 29 e 69, do Código Penal, pois, na condição de sócio-administrador da empresa, teria importado mercadorias acabadas para a Zona Franca de Manaus, falsamente declaradas como insumos para industrialização, e realizado a distribuição de tais mercadorias para o resto do país como se tivessem sido produzidos naquela localidade, como forma de usufruir de regime tributário especial.

O entendimento desta Corte de que não se exige, nos crimes societários, a descrição pormenorizada da conduta de cada agente, não significa que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele imputada.

O simples fato de ser sócio, gerente ou administrador de empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua função na empresa, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva.

A inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia.

Precedentes do STF e do STJ.

Deve ser declarada a inépcia da denúncia e determinada a anulação da ação penal em relação ao paciente.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC n.º 171.976/PA, relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJe de 13/12/2010.)

B - PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA. TIPICIDADE (FORMAL,

NORMATIVA E SUBJETIVA). TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO TIPO. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. DENÚNCIA INEPTA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O trancamento de ação penal em habeas corpus reveste-se sempre de excepcionalidade, tendo em vista que sua estreita via, não se presta como instrumento processual para exame da procedência ou improcedência da acusação, com incursões em aspectos que demandam dilação probatória e valoração do conjunto de provas produzidas, o que só poderá ser feito após o encerramento da instrução criminal, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal.

2. Nos crimes societários, embora não se exija a descrição minuciosa da conduta de cada acusado, é necessário que haja a narrativa dos fatos delituosos, de sua suposta autoria, do vínculo de causalidade (teorias causalista e finalista) e do nexo de imputação (teorias funcionalista e constitucionalista), de maneira a permitir o exercício da ampla defesa.

3. Não há confundir narrativa genérica da conduta com imputação de responsabilidade penal objetiva.

4. Cabe ao órgão acusador, em sua peça inicial, a demonstração do vínculo, ainda que mínimo, entre o risco causado ao objeto penalmente tutelado e a conduta efetiva do denunciado na condição de sócio da empresa para que se possa dar início a ação penal com o recebimento da denúncia.

5. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a inépcia da denúncia e determinar a sua anulação, sem prejuízo de que outra seja oferecida como de direito.

(HC n.º 46.943/PB, relator o Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**, DJe de 29/10/2008.)

C - HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DENÚNCIA CONTRA SÓCIO-ADMINISTRADOR DE EMPRESA. CIRCUNSTÂNCIA INSUFICIENTE PARA A CONFIGURAÇÃO DA AUTORIA DELITIVA. EXIGÊNCIA DE MÍNIMA DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE DELITUOSA. CONSTRANGIMENTO CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em se tratando de crimes societários, de autoria coletiva, a doutrina e a jurisprudência têm procurado abrandar o rigor do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, dada a natureza dessas infrações, quando nem sempre é possível, na fase de formulação da peça acusatória, operar a uma descrição detalhada da atuação de cada um dos indiciados, admitindo-se, em consequência, um relato mais generalizado do comportamento que se tem como violador do regramento de regência.

2. Não se admite, contudo, pelo evidente constrangimento

que acarreta, denúncia de caráter absolutamente genérico, sem ao menos um breve detalhamento da atuação de cada um dos indiciados, sem o que, por certo, inviabilizar-se-á o exercício amplo do direito de defesa.

3. *Mostra-se inepta a peça acusatória, que invoca a condição do paciente como sócio-administrador da empresa para subsidiar a configuração da autoria, sem fazer qualquer referência à sua participação na atividade considerada delituosa, evidenciando-se o constrangimento ilegal.*

4. *Habeas corpus concedido para trancar a ação penal de que aqui se trata, por inépcia da denúncia, sem prejuízo do oferecimento de nova peça acusatória.*

*(HC n.º 74.691/PE, relator o Ministro **HAROLDO RODRIGUES** - Desembargador Convocado do TJ/CE, DJe de 26/10/2011.)*

Traçados esses vetores interpretativos, passo à análise do caso concreto.

Nos autos consta que os pacientes foram denunciados perante o Juízo da Sexta Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, porque teriam, na qualidade de Diretores da BRASCAN S.A. Corretora de Títulos e Valores e de representantes da FUNCEF - Fundação dos Economistas Federais - intermediado operações "de risco, indevidas, fraudulentas, que objetivavam lucros para as contrapartes, e que, basicamente, assentavam-se no chamado 'passa a ficha', jargão do mercado que significa a troca da operação de uma contraparte pela outra" (fl. 62), causando, com isso, prejuízo ao referido Fundo de Pensão e lucro às contrapartes, representadas por outras quatro corretoras - SAFIC, BONUS, SÃO PAULO e DC.

Narra a exordial que, "contrariando disposição contratual, a BRASCAN realizou propositadamente inúmeras operações de risco (altos investimentos com previsão de retorno ínfimo) as quais causaram prejuízo de R\$ 3.449.850,00 à FUNCEF" (fl. 67).

Ainda segundo a peça acusatória, a referida corretora atuou de maneira totalmente irregular na Bolsa de Mercadorias & Futuros - BM&F -, fazendo parte do conjunto de "manobras que encobriram as operações lesivas à FUNCEF" (fls. 68/70):

a) a suspensão das gravações das ordens de serviço, de modo a facilitar as possíveis operações fraudulentas ou temerárias;

b) a utilização de boletos e relógio datador para controle das operações, sendo que, "após a descoberta das fraudes, teria sido constatado que os registros

Superior Tribunal de Justiça

constantes dos boletos referentes as operações realizadas pela BRASCAN não estavam de acordo com o relógio datador" (fl. 69); e

c) ausência de autorização da BRASCAN para atuar no mercado futuro junto à Bolsa de Mercadorias & Futuros - BM&F.

Ao final, os pacientes foram denunciados pela suposta prática das condutas descritas nos arts. 4º, 6º e 7º da Lei n.º 7.492/1986.

Relembremos o que preconiza o art. 4º da Lei n.º 7.492/1986:

*Art. 4º. Gerir fraudulentamente instituição financeira.
Pena. Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.*

Nesse particular, sustentam os impetrantes que terceiros estranhos à administração do estabelecimento financeiro não podem ser acusados do crime previsto no art. 4º da Lei n.º 7.492/1986 - gestão fraudulenta - e que não há, no mais, narração suficiente à conclusão sobre tratar-se de peça acusatória adequada.

Como bem destaca Rodolfo Tigre Maia (Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Anotações à Lei Federal 7.492/86. São Paulo. Malheiros Editores, 2006), a objetividade jurídica do tipo definido no art. 4º da Lei n.º 7.492/1986 é a "transparência, a lisura, a honradez e a licitude na gestão das instituições financeiras, requisitos indispensáveis à credibilidade e à existência destas e do sistema que conformam".

Segundo Paschoal Mantecca (Crimes contra a Economia Popular e Sua Repressão. São Paulo, Saraiva, p.41), a gestão fraudulenta "caracteriza-se pela ilicitude dos atos praticados pelos responsáveis pela gestão empresarial, exteriorizada por manobras ardilosas e pela prática consciente de fraudes".

Sobre o delito do art. 4º da Lei n.º 7.492/1986, Adel El Tasse (Legislação Criminal Especial, Coordenador Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, Sistema Financeiro - Adel El Tasse, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 916/917) leciona que ao administrar ou gerir instituição financeira, o sujeito ativo o faz de forma fraudulenta, ou seja, meio enganoso, com má-fé e intuito de ludibriar. Nota-se que a gestão fraudulenta traz mais que um excesso de risco. O tipo exige um dolo específico, ou seja, uma vontade consciente do agente em praticar ato que dará aparência de legalidade a negócio ou situação jurídica que, em sua natureza, é ilegal.

Superior Tribunal de Justiça

Há quem sustente, por isso mesmo, que o particular estranho à administração da instituição financeira ou não-enquadrado em um dos incisos do parágrafo único do artigo 1º - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança ou recursos de terceiros e a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas no artigo -, não implementa o gerenciamento da instituição, não se podendo, portanto, dizer que veio a fazê-lo fraudulentamente.

Segundo tal corrente de pensamento, a própria Lei n.º 7.492/1986 contém preceito a definir a relação jurídica subjetiva. Segundo o artigo 25, são penalmente responsáveis, nos termos da lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores e gerentes. Consoante o § 1º, equiparam-se aos administradores de estabelecimento financeiro o interventor, o liquidante ou o síndico.

Essa mesma percepção foi registrada por Roberto Delmanto (Leis Penais Especiais Comentadas, Renovar, Rio de Janeiro, p. 140/141), cujo autorizado magistério assim apreciou a questão:

Gerir pressupõe muito mais, requer, sem dúvida, uma circunstância personalíssima do sujeito ativo, que deve ser uma das pessoas referidas no art. 25, dotada de efetivos e específicos poderes para administrar determinada instituição financeira. Seria, ademais, redundância do legislador se este art. 4º fizesse referência expressa ao art. 25, como ocorre, por exemplo, no art. 5º desta lei. De fato, difícil nos parece admitir co-autoria de gestão fraudulenta ou temerária de terceiros que não possuam qualquer poder de gerência. A nosso ver, o delito do art. 4º, em face do núcleo gerir, é crime de mão própria. O seu autor deve possuir características personalíssimas, caso contrário, não há como o tipo ser realizado.

Nesse sentido, trago ementa que, em caso assemelhado a este, escreveu a Ministra Maria Thereza para o HC n.º 101.381/RJ, de 2011:

PENAL E PROCESSUAL. CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. TRANCAMENTO. POSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS. CONCESSÃO.**

1. O crime do art. 4º, caput da Lei nº 7.492/1986 (gestão fraudulenta) é de mão própria e, pois, somente pode ser cometido por quem tenha poder de direção, conforme, aliás,

rol expressamente previsto no art. 25.

2. Além disso exige para a sua consumação a existência de habitualidade, ou seja, de uma sequência de atos, na direção da instituição financeira, perpetrados com dolo, visando a obtenção de vantagem indevida em prejuízo da pessoa jurídica.

3. A descrição de um só ato, isolado no tempo, não legitima denúncia pelo delito de gestão fraudulenta, como ocorre na espécie, onde o ora paciente está imbricado como mero partícipe, estranho aos quadros da instituição financeira, por ter efetivado uma operação na bolsa de valores, em mesa de corretora.

5. **Habeas corpus** concedido para trancar a Ação Penal n.º 2003.51.01503779-3, em curso perante a 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ, em relação ao ora paciente, PAULO MÁRIO PEREIRA DE MELLO.

(HC n.º 101.381/RJ, relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 13/10/2011.)

O Supremo Tribunal Federal possui idêntico entendimento, destacando-se:

HABEAS CORPUS - ADEQUAÇÃO. Surge a adequação do **habeas corpus** com a articulação de prática de ato ilegal e a existência de órgão capaz de afastá-lo. **DENÚNCIA - PARÂMETROS.** Descabe falar em insubsistência da denúncia quando, na peça, são narrados os fatos que, em tese, consubstanciam crime, ficando, assim, viabilizada a defesa. **CRIME FINANCEIRO - GESTÃO FRAUDULENTA - LEI Nº 7.492/86 - RELAÇÃO PENAL SUBJETIVA - TERCEIRO ESTRANHO AO ESTABELECIMENTO BANCÁRIO.** A interpretação sistemática da Lei nº 7.492/86 afasta a possibilidade de haver gestão fraudulenta por terceiro estranho à administração do estabelecimento bancário. (HC n.º 93.553/MG, relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJe de 3/9/2009.)

Por oportuno, parece-me cabível, pelo menos em tese, no delito em questão, o concurso de pessoas – seja na modalidade coautoria ou participação, pela incidência da norma de extensão pessoal prevista no art. 29 do Código Penal.

Lembremo-nos que o art. 30 do Código Penal diz que não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. A regra, como se percebe, é a da incomunicabilidade, entre os coparticipantes, das circunstâncias, bem como das condições de caráter pessoal, sendo excepcionada quando se tratar de elementares do crime.

Sendo a condição de administrador ou de controlador de instituição

financeira elementar do crime de gestão fraudulenta, poderá ser estendida ao coparticipante que, dela tendo conhecimento, responderá pelo mesmo crime cometido pelo possuidor da condição especial exigida no tipo.

Ademais, se nada diz a Lei n.º 7.492/1986 acerca de eventual vedação à ampliação das hipóteses de incidência do tipo, torna-se aplicável o contido no art. 29 do Código Penal, ante, como dito, ausência de proibição expressa na legislação especial, nos moldes do art. 12 do Código Penal - "as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso".

Tanto é assim que, se de um lado inúmeros crimes capitulados na Lei n.º 7.492/1986 exigem condição especial do agente, por versarem sobre condutas omissivas e comissivas na gestão e na administração de instituição financeira - art. 25, **caput** e § 1º; de outro lado, o § 2º do mesmo dispositivo acaba por prever expressamente a figura da participação ao instituir o benefício de redução da pena ao partícipe que realizar a confissão espontânea.

Confira-se, a propósito, o que diz o art. 25 da Lei n.º 7.492/1986:

Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).

§ 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico.

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, 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 um a dois terços.

Dito isso, tenho para mim que muito embora o delito do art. 4º da Lei n.º 7.492/1986, exija qualidade especial do agente - administrador ou gerente -, tal circunstância pessoal, sendo elementar do tipo, é passível de comunicação a terceiros estranhos à sociedade, quando deles conhecida, por força da incidência do art. 30 do Código Penal.

No entanto, a inicial deve vir acompanhada de um mínimo de prova ou de evidências que demonstrem o inequívoco ajuste prévio de vontades entre pelo menos

um agente qualificado, na condição de autor, e aquele desprovido do elemento especial (no mesmo sentido: REsp n.º 575.684/SP). Isso aqui não ocorreu.

Como vimos do relatório, a denúncia não imputa aos pacientes a prática da conduta em coautoria ou participação, nos termos assinalados pelo art. 29 do Código Penal. Além disso, o denunciante não indica a conduta perpetrada pelos pacientes no sentido de gerir fraudulentamente instituição financeira.

É cediço que o tipo em questão é dos chamados abertos, é dizer, não existe uma definição típica completa e precisa para que se possa adequar a conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei. Em razão disso, os fatos e conclusões expostos na inicial devem descrever, em respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório, palavra por palavra, as condutas desleais perpetradas com o fim de causar prejuízo ao mercado financeiro. Porém, parece-me insuficiente o que se escreveu com o objetivo de imputar aos pacientes o crime descrito no art. 4º da Lei n.º 7.492/1986.

Não bastasse isso, conforme delineado pelo Procurador da República, foram realizadas operações de nível de risco elevado, nos termos da Resolução do BACEN n.º 2.682, de 21 de novembro de 1999, com o emprego de artifícios, pelos "diretores da FUNCEF e pelo Presidente da CEF que dilapidaram o patrimônio desta fundação, gerando lucros indevidos às contrapartes" (fl. 73).

Observem, portanto, que se algum ilícito penal foi cometido pelos responsáveis legais da FUNCEF, o fato é que tais crimes, na forma em que foram narrados na inicial, não poderiam ser imputados automaticamente aos pacientes - diretores da BRASCAN. Isso porque, conforme se depreende do contrato de prestação de serviços juntado aos autos, a corretora apenas possuía a atribuição de executar ordens emanadas da contratante - FUNCEF.

Nesse particular, transcrevo, por oportuno, a cláusula 2.2.1 do mencionado ajuste (fls. 287/288):

2.2. Constituem as obrigações da contratada:

*2.2.1. Executar as operações de mercado, **segundo as ordens recebidas pela contratante**, que poderão ser transmitidas por carta, telex, fac símile ou telefone, conforme especificado na ficha cadastral anexa, passando a gerar efeitos a partir do recebimento.*

Superior Tribunal de Justiça

Sobre o tópico, destacou a peça acusatória o teor da **cláusula 2.3.1** do supracitado contrato. Esta facultava à corretora contratada "se recusar ou abster-se de executar, total ou parcialmente, ordens para a realização de operações no mercado de opções/futuro a favor da FUNCEF, bem como cancelar as ordens pendentes se as ordens a serem executadas representarem riscos excessivos em relação à sua capacidade financeira" (fl. 290).

No entanto, tal cláusula, diversamente do que foi sustentado pelo órgão de acusação, não é suficiente para transferir para os pacientes os deveres de administração e de gestão relativos ao referido Fundo de Pensão.

Ao contrário do que sustenta o Ministério Público, a referida cláusula não estipula **dever** da BRASCAN Futuros ou da BRASCAN Corretora de Títulos e Valores em relação à FUNCEF, mas sim contempla um **direito** das primeiras em relação à segunda, de não executarem operações na hipótese de riscos excessivos à sua capacidade financeira (da contratada BRASCAN), verdadeira cláusula de proteção à BRASCAN, em razão da solidariedade entre contratante e contratada, perante as Bolsas, pela liquidação dos contratos nela registrados em seu nome, ajustadas na cláusula 3.1 do contrato de prestação de serviços.

Ora, a referida cláusula 2.3.1 foi estipulada em garantia da contratada – BRASCAN, daí que não se pode dela extrair, como pretende o Ministério Público, o fundamento e a evidência principal da autoria e responsabilidade penal dos pacientes - representantes da contratada.

Além disso, para que se pudesse falar em descumprimento da referida cláusula contratual pela contratada, o denominado "risco excessivo" nela mencionado deveria estar comprovado, o que se daria mediante a demonstração de que as operações realizadas guardavam desproporção ou incompatibilidade com a capacidade financeira da FUNCEF, ou mesmo da BRASCAN, explicitando-se que esta última não teria como suportar os investimentos realizados pela primeira. Não foi o que ocorreu na espécie. Não há, na denúncia, sequer uma palavra sobre a assunção de riscos excessivos pela corretora, quando comparado com sua capacidade financeira.

Destarte, o Ministério Público, ao fazer referência à citada cláusula, não se preocupou em revelar a real existência de desconformidade entre as aplicações efetivadas e a capacidade financeira do Fundo de Pensão, ou da corretora,

limitando-se a afirmar que tais operações geraram prejuízo. Não ficou delineada, reitero, nenhuma relação de despropósito entre o capital disponibilizado pela FUNCEF e as ditas operações irregulares, o que deixa evidenciado não se poder aferir, da peça acusatória, a ocorrência de ação delituosa com base no suposto descumprimento da previsão contida na cláusula 2.3.1 do contrato.

Prossigo para anotar que a alegação de que os investimentos realizados pela corretora causaram prejuízos ao Fundo de Pensão, ainda que verdadeira, não pode significar a automática responsabilização criminal dos pacientes. Noutros termos, não se pode presumir a responsabilidade criminal dos representantes da corretora BRSCAN ou de qualquer outra, em função de terem executado operações de risco, a mando dos diretores da FUNCEF, principalmente após o afastamento da cláusula 2.3.1, utilizada indevidamente pelo órgão de acusação para estabelecer relação de causalidade que ensejaria a responsabilidade penal dos pacientes pelos fatos constantes da denúncia.

Ora, parece-me ser próprio à dinâmica das operações realizadas no mercado financeiro a assunção, pelos seus participantes, dos riscos de em algumas operações auferirem lucros e, em outras, prejuízos. Desse modo, levando-se em conta que o resultado negativo decorrente dos investimentos realizados no mercado de capitais não integra o tipo penal em exame, entendo que tal indicação, sem outras considerações, constante na denúncia, não basta a configurar a fraude na gestão da instituição financeira, relativamente aos pacientes.

Nesse contexto - ao menos à luz dos dados que instruem a impetração - verifica-se que, na denúncia recebida, partiu-se para a generalização extravagante. Reparem que, além dos administradores do Fundo dos Economistas Federais, foram denunciados cidadãos a ele não integrados, pelo menos sob o ângulo formal, ou seja, os diretores da corretora BRSCAN - ora pacientes.

Tal a situação, não encontro justificativa para o prosseguimento da persecução penal nos termos em que formulada. Noutras palavras: a inicial não foi oferecida de modo a permitir aos pacientes o desembaraçado e mínimo exercício da ampla defesa.

Avanço no raciocínio para dizer que também não há como enxergar a presença, nos autos, à luz da narrativa constante na denúncia, de indícios de

participação dos pacientes na prática delituosa a que se refere o art. 6º da Lei n.º 7.492/1986, **verbis**:

Art. 6º. Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente. Pena. Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

As condutas típicas, na espécie, exprimem o meio pelo qual se dará a sonegação ou a manutenção em erro de sócio, investidor ou repartição pública, se pela conduta de sonegar informação, ou mediante a prestação de declaração falsa.

Para a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal deve o Ministério Público "demonstrar a qualidade de controlador ou administrador de instituição financeira do agente, que ele realizou a conduta de sonegar informação verdadeira ou de prestar declaração falsa e que dessas condutas obteve o resultado pretendido que é a indução ou a manutenção em erro de sócio, investidor ou repartição competente, bem como, que havia consciência, vez que o crime somente é punido a título de dolo. Além disso, deverá demonstrar que agiu pessoalmente ou ao menos tinha o domínio do fato sobre a conduta de outrem que o fez por si." (Áureo Natal de Paula. Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e o Mercado de Capitais, Juruá Editora, 2008, p. 158).

Reparem que o dispositivo em comento tutela, especificamente, a inviolabilidade e a credibilidade do mercado de capitais, protegendo o Sistema Financeiro Nacional da disseminação de informações fraudulentas potencialmente lesivas a sua estabilidade.

Contudo, os fatos e conclusões apontados na inicial não descrevem de que maneira a conduta de cada um dos pacientes poderia se enquadrar na supracitada previsão típica. Pergunto: em que consistiu a informação sonegada ou prestada falsamente? Quem teria sido induzido em erro: sócio, investidor ou repartição pública competente? A meu ver, a conduta delituosa em apuração não guarda nenhuma identificação com o tipo penal. É bem pouco o que se escreveu com o objetivo de imputar aos pacientes o crime do art. 6º da Lei n.º 7.492/1986.

Por outro lado, o delito em estudo também é classificado pela doutrina como crime próprio, ou seja, o tipo penal exige qualidade ou condição especial dos

sujeitos ativo e passivo. Impende rememorar, neste ponto, o magistério de Guilherme de Souza Nucci (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.149):

[...] o tipo penal passa a impressão de admitir qualquer pessoa como agente, mas não se deve desse modo analisá-lo. Seria por demais simplista pensar que o faxineiro da instituição financeira, por exemplo, teria informação suficiente para sonegar ao sócio ou investidor no tocante a uma operação financeira. Logo, somente, quem detém informação relevante referente a operação ou situação financeira da instituição pode ser qualificado a cometer o delito. Pode até não pertencer a instituição, porém o mais comum é que integre os seus quadros.

Como vimos linhas acima, os pacientes não eram administradores ou gestores do Fundo de Pensão objeto da denúncia, nem descreveu a peça inicial conduta deles que pudesse configurar a autoria ou participação no delito. Dessa forma, não me parece haver adequação perfeita entre a conduta dos corretores da BRASCAN e o tipo penal incriminador do art. 6º da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, nos termos em que fixada a imputação.

Nesse sentido:

PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 6º DA LEI Nº 7.492/86. "OPERAÇÕES CASADAS". TIPO PENAL NÃO-CONFIGURADO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. RECURSO DESPROVIDO.

I. Evidenciado, de plano, que a conduta imputada ao paciente não se amolda ao tipo penal descrito no art. 6º da Lei nº 7.492/86, mantém-se o trancamento do feito por falta de justa causa.

II. O tipo em questão só se configura quando demonstrada a ação fraudulenta por parte do administrador da instituição financeira - ao induzir ou manter em erro sócio, investidor ou repartição pública competente, sonegando ou prestando informação falsa quanto à operação ou situação financeira.

III. Recurso desprovido.

(REsp n.º 167.792/SP, relator p/ acórdão o Ministro Gilson Dipp, DJ de 29/11/1999)

O art. 7º da Lei n.º 7.492/1986, por sua vez, dispõe:

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

Superior Tribunal de Justiça

I. Falsos ou falsificados;

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

III. Sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida.

Pena. Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Tenho sustentado em meus votos que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal, evidente, incontroverso, indisfarçável, que se mostra de plano ao julgador. Não se destina à correção de controvérsias ou de situações que, embora existentes, demandam para sua identificação, aprofundado exame de fatos e provas.

Ocorre que os fatos relatados na denúncia teriam ocorrido no ano de 1998, sendo certo que as operações com derivativos intermediadas pela BRASCAN passaram a ser consideradas como valores mobiliários somente após o ano de 2001, com a vigência da Lei n.º 10.303/2001, que alterou a Lei n.º 6.835/1976, incluindo em seu art. 2º, que trata dos valores mobiliários a ela sujeitos, os incisos VII (contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários) e VIII (outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes).

De toda sorte, porém, não vejo de que maneira as condutas narradas pelo órgão ministerial poderiam subsumir-se ao tipo penal em comento. Não há na inicial acusatória descrição de nenhuma ação ou omissão que tenha dado causa ou contribuído para o evento criminoso, sequer explicitando a denúncia qual dos três incisos do tipo penal do art. 7º teria sido violado com a suposta conduta dos pacientes.

Como vimos do relatório, o motivo da denúncia teria sido a atuação supostamente irregular da corretora BRASCAN na Bolsa de Mercadorias e Futuros. No ponto, indicou o Ministério Público Federal as seguintes "manobras" praticadas pela referida pessoa jurídica:

a) suspender as gravações das ordens de serviço, de modo a facilitar possíveis operações temerárias;

b) utilizar boletos e relógio datador para o controle das operações em vez de meio eletrônico, sendo que, "após a descoberta das fraudes, teria sido constatado

Superior Tribunal de Justiça

que os registros constantes nos boletos referentes às operações realizadas pela BRASCAN não estavam de acordo com o relógio datador"; e

c) ausência de autorização para atuar no mercado futuro junto a BM&F.

A princípio, ressalto que, de acordo com relatório apresentado pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM -, as formalidades descritas acima pelo denunciante foram flexibilizadas pela Bolsa de Mercadorias e Futuros - BM&F. Desse modo, perde força o referido argumento da denúncia, pois os atos conceituados pelo Ministério Público como manobras praticadas com o fim de causar prejuízo ao Fundo de Pensão, na realidade, não passavam de meras irregularidades incapazes de mascarar investimentos em tese fraudulentos.

Colho do mencionado relatório estes tópicos (fl. 178):

102. Conclui-se, portanto, que todo esse quadro de indícios e suspeitas decorre da postura omissiva da BMeF, dificultando por consequência, a caracterização precisa de eventuais práticas não-equitativas ou fraudes, conforme se demonstra a seguir.

103. O artigo 5º, 'caput' e parágrafo único – não revogado formalmente, frise-se – do Regulamento de Operações da BMeF (fls. 3307) estabelece que “as corretoras de mercadorias deverão registrar ordens de operações de compra e venda imediatamente após seu recebimento, contendo obrigatoriamente, no mínimo, os dados estabelecidos pela bolsa” e que ‘todas as ordens registradas deverão permanecer à disposição do cliente e da bolsa, pelo prazo mínimo de um ano contado da data de sua emissão’.

104. Ocorre, entretanto, que a BMeF, através de comunicados e ofícios-circulares enviados às suas associadas, demonstrou ter ‘flexibilizado’ totalmente essas exigências, ao informar que ‘a existência do relógio datador e o registro das ordens de operações para qualquer contrato negociado nesta bolsa devem ser entendidos como instrumentos de controle das corretoras e não como exigência da BMeF’.

Além disso, os precedentes atos descritos na inicial, além de não serem individualizados, não se explicitando qual dos pacientes teria sido responsável por seu cometimento, não se amoldam a nenhum dos incisos do referido artigo, não se aduzindo, em momento algum, que os pacientes teriam dado azo à emissão, oferecimento ou negociação de títulos mobiliários.

Reparem que se de um lado a inicial imputa aos diretores da BRASCAN o crime descrito no art. 7º da Lei n.º 7.492/1986, de outro, não traz nenhum elemento

por meio do qual se permita a conclusão pela existência das características essenciais do delito; aliás, não há, na denúncia, sequer de forma indireta, descrição de qual ou de quais incisos teriam sido supostamente violados pelos pacientes. A única referência que a inicial faz ao delito está inserida no contexto fático do modo de agir da referida pessoa jurídica perante a Bolsa de Mercadorias e Futuros - BM&F.

Sabemos que a denúncia, muito embora possa, em certas situações, ser resumida, não pode, porém, cair no vazio, primar por omissão ou imprecisão. No caso, a conclusão a que chego é a de me encontrar diante de denúncia vaga e imprecisa.

Não bastasse tudo quanto já foi dito, quedo-me apenas a mais uma ponderação. É que consta da denúncia afirmação no sentido de que uma das condutas ilícitas praticadas pelos pacientes, na qualidade de diretores da BRASCAN, consistiria na atuação, sem autorização, no mercado futuro junto à Bolsa de Mercados e Futuros, alegação essa, inclusive, segundo a exordial, que teria sido confirmada pelo próprio acusado José Carlos Batelli Corrêa.

Todavia, ainda que se admitisse como verdadeiro esse dado constante da peça acusatória, tal fato, por si só, também não se mostraria suficiente à responsabilização dos acusados, da forma em que apresentada, pois não se subsume em nenhuma das condutas típicas aventadas, conforme já exaustivamente demonstrado alhures.

No ponto, lembremo-nos que a BRASCAN CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES e a BRASCAN FUTUROS são empresas distintas integrantes do conglomerado BRASCAN. A denúncia, entretanto, confunde as duas pessoas jurídicas. Sendo mais preciso: a denúncia imputa a conduta supostamente criminosa, genericamente, à BRASCAN, sem esclarecer qual delas, ou qual dos pacientes atuou em nome e representação de cada uma das corretoras.

A empresa que intermediou as operações descritas na inicial perante a Bolsa de Mercados e Futuros foi a BRASCAN FUTUROS LTDA., na forma do contrato de intermediação de operações na Bolsa de Mercados e Futuros - BM&F (fls. 299/300).

Destaco que a BRASCAN FUTUROS estava habilitada para atuar em todos os mercados da Bolsa de Mercados e Futuros - BM&F, conforme item 2.2.1 do

Superior Tribunal de Justiça

Relatório de Análise n.º 4/99, da Comissão de Valores Mobiliários (fls. 223/224).

Observem que o paciente José Carlos Batelli Corrêa, exercia, à época dos fatos, atividade completamente estranha às operações descritas na denúncia, sendo diretor da BRASCAN CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES, responsável somente pelas operações realizadas junto à Bolsa de Valores, dentre as quais não se incluem as implementadas na BM&F. Não há nos autos provas ou evidências de que o acusado detivesse poder de mando, ou tivesse exercido qualquer atividade perante a corretora BRASCAN FUTUROS LTDA., situação que afasta, por completo, a justa causa para a ação penal em relação ao mencionado paciente.

Saliento que o paciente José Carlos Batelli Corrêa somente foi denunciado porque, na condição de diretor, assinou o contrato com a FUNCEF em 1996, sendo que as operações mencionadas na denúncia ocorreram em 1998. Ora, restando incontroverso que todas as operações da FUNCEF na BM&F foram realizadas pela BRASCAN FUTUROS, jamais a responsabilidade penal poderia alcançá-lo apenas em razão de ter celebrado contrato de prestação de serviços, dois anos antes dos fatos constantes da denúncia, não existindo nenhuma demonstração de ter ele envolvimento direto ou indireto nas operações questionadas na inicial.

Portanto, a menos que se prestigie a responsabilidade penal objetiva, a ação penal, pelos fatos nela veiculados, ainda que fossem verdadeiros, não poderia atingir o referido paciente.

Já me encaminhando para o desfecho do voto, averbo que, de fato, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a validade de denúncias que, a despeito de resumidas na descrição dos fatos, se baseiam em relatórios formulados por empresas de auditoria ou pelas autoridades administrativas responsáveis pela fiscalização da pessoa jurídica objeto da inicial. Entende-se que a referência ao documento elaborado pela autoridade administrativa "serve à tentativa de demonstração, em si, dos fatos imputados e que têm narração em sede única, ou seja, a revelada pela denúncia" (HC n.º 77.146, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 4/9/1998).

Mas isso não significa que a peça acusatória, ao confiar a delimitação aprofundada dos fatos e provas ao conteúdo do relatório administrativo, esteja dispensada dos requisitos mínimos de validade. A inicial somente poderá ser

considerada apta se, diretamente ou por meio de remissão ao documento elaborado pela autoridade administrativa, contiver a exposição clara e precisa do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias. Isso aqui não ocorreu.

Na minha visão, não há nas peças e relatórios transcritos na exordial elementos seguros e precisos da prática dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional imputados aos pacientes. Aliás, a leitura do relatório da entidade fiscalizadora do sistema financeiro, a Comissão de Valores Mobiliários, não revela o indiciamento dos pacientes e nem das sociedades a que pertenciam, pelos fatos objeto da denúncia, mas apenas o indiciamento da própria BM&F e de um dos seus diretores.

Ainda que indagássemos acerca da configuração dessas ou de outras figuras delitivas, os fatos narrados ou imputados aos pacientes necessitariam, inegavelmente, de uma sistematização minimamente plausível e razoável quanto aos elementos básicos que devem constar de uma denúncia adequada a ensejar a legítima **persecutio criminis**. É dizer: a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes no Estado Democrático de Direito.

Não desconheço que, nos termos da jurisprudência desta Corte, a extinção da ação penal por falta de justa causa ou por inépcia formal da denúncia situa-se no campo da excepcionalidade. Portanto, é preciso que haja dado incontroverso sobre a impossibilidade de enquadramento de certa conduta no tipo penal evocado pelo Ministério Público. Além disso, parece-me que a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação de tais temas, pois o **habeas corpus** não se destina à correção de equívocos ou controvérsias que, embora existentes, demandam, para a sua identificação e correção, o exame de fatos e provas.

Diante dessas considerações, repito - porque já constante dos fundamentos deste voto - que foram apenas quatro os elementos apontados pelo denunciante a fim de imputar aos pacientes as condutas descritas nos arts. 4º, 6º e 7º da Lei n.º 7.492/1986, quais sejam:

1. Assinatura do contrato de prestação de serviços por José Carlos Batelli;
2. Descumprimento do Regulamento de Operações da BM&F -

posteriormente flexibilizado, nos termos do relatório apresentado pela Comissão de Valores Mobiliários;

3. O teor da cláusula 2.3.1 do contrato de prestação de serviços firmado entre a FUNCEF e a corretora BRASCAN; e

4. Prejuízo causados ao Fundo de Pensão - FUNCEF.

A simples leitura da denúncia, em cotejo com os documentos e fatos nela mencionados, impõe o afastamento das imputações, pois evidente e indisfarçável o constrangimento ilegal a que submetidos os pacientes, sendo o **habeas corpus** remédio constitucional adequado, tendo em vista sua característica de ação constitucional voltada para a defesa da liberdade.

Indiscutível que os elementos apontados na inicial possam ter revelado irregularidades contratuais ou administrativas, passíveis de responsabilização nas esferas próprias. Não se descarta, por óbvio, sequer a possibilidade da prática dos crimes imputados ou de outras figuras penais pelos pacientes ou terceiros. No entanto, tais documentos e fatos, no máximo meros indícios, com a narrativa genérica, imprecisa e vaga que lhes deu a denúncia, e desacompanhada de elementos mínimos aptos a atraírem a incidência dos tipos penais, não se mostram suficientes a justificar a propositura ou a continuação da ação penal instaurada contra os pacientes, que já se arrasta por mais de seis anos, o que não significa que outra não possa vir a ser proposta com adequados fundamentos e elementos mínimos de prova.

De tudo quanto exposto, concedo a ordem para, de um lado, extinguir, por falta de justa causa, a Ação Penal n.º 2000.61.81.004245-0 em relação ao paciente José Carlos Batelli Corrêa e, de outro, pronunciar a deficiência formal da denúncia e determinar o trancamento da Ação Penal n.º 2000.61.81.004245-0 relativamente à Luiz Idelfonso Simões Lopes e Márcio Ribeiro Resende de Biase, ressalvado, porém, o oferecimento de outra denúncia, desde que preenchidas as exigências legais mínimas.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2011/0126901-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 208.595 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200061810042450 200703000616179 616179220074030000

EM MESA

JULGADO: 19/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO E OUTRO
ADVOGADO : NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : JOSÉ CARLOS BATELLI CORRÊA
PACIENTE : LUIZ ILDEFONSO SIMÕES LOPES
PACIENTE : MÁRCIO ROBERTO RESENDE BIASI

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO (P/PACTES) E
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.