

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 774.523 - SP (2015/0220904-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : **MARCELO AUGUSTO DE BARROS SANCHES PONCE**
ADVOGADO : **JORGE MIGUEL NADER NETO E OUTRO(S) - SP158842**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EVASÃO DE DIVISAS. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, PARTE FINAL, DA LEI N. 7.492/86. MANTER DEPÓSITO NO EXTERIOR NÃO DECLARADO À AUTORIDADE COMPETENTE. APLICAÇÃO FINANCEIRA EM FUNDO DE INVESTIMENTO. CONDUTA QUE SE SUBSUME AO TIPO LEGAL. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. OMISSÃO A RESPEITO DA ILICITUDE DA PROVA QUE EMBASA A DENÚNCIA. AUSÊNCIA. QUESTÃO QUE NÃO FOI OBJETO DO AGRAVO EM SENTIDO ESTRITO E NEM DA DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Para fins de interpretação do termo "depósito" deve-se considerar o fim a que se destina a norma, pois visa proteção do Sistema Financeiro Nacional – SFN. A lei não restringiu a modalidade de depósito o local de depósito no exterior. Assim, não deve ser considerado apenas o depósito em conta bancária no exterior, mas também o valor depositado em aplicação financeira no exterior, em razão da disponibilidade da moeda e do interesse do SFN.

1.1. No caso em tela, o saldo em 31/12/02 em aplicação financeira realizada por meio da aquisição de cotas do fundo de investimento Opportunity Fund no exterior não declarado à autoridade competente (BACEN, conforme Resolução n. 2911 e Circulares 3071 e 3181) preenche a hipótese normativa do art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei n. 7.492/86.

2. A questão deduzida apenas em sede de embargos de declaração configura inovação recursal, razão pela qual inexistente violação ao art. 619 do CPP pelo Tribunal de origem que se omite em analisá-la.

2.2. No caso em tela, a defesa apontou em embargos de declaração omissão na análise de ilicitude da prova, ponto que não foi objeto do recurso em sentido estrito e nem da decisão de rejeição da denúncia. Sem o conhecimento da matéria, não se pode aferir violação aos artigos 157, § 1º e 654, § 2º ambos do CPP.

3. Agravo em recurso especial conhecido. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

Superior Tribunal de Justiça

unanimidade, admitir o agravo em recurso especial e negar provimento ao recurso especial.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de maio de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 774.523 - SP (2015/0220904-8)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : MARCELO AUGUSTO DE BARROS SANCHES PONCE
ADVOGADO : JORGE MIGUEL NADER NETO E OUTRO(S) - SP158842
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo interposto por MARCELO AUGUSTO DE BARROS SANCHES PONCE contra decisão proferida no Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3 que não admitiu o recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal de 1988 – CF.

Consta dos autos que a denúncia oferecida em face do agravante pela suposta prática do delito tipificado no art. 22, parágrafo único, segunda parte, da Lei n. 7.492/86, de fls. 2843/2845, foi rejeitada, na forma do art. 395, II e III, do Código de Processo Penal – CPP (fls. 2847/2855).

Irresignado, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF, por intermédio do Procurador da República, interpôs recurso em sentido estrito que foi provido para receber a denúncia (fl. 2946). Eis a ementa do acórdão:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. MANUTENÇÃO DE COTAS DE FUNDOS DE INVESTIMENTO NO EXTERIOR SEM DECLARAÇÃO ÀS AUTORIDADES COMPETENTES. CONDUTA, EM TESE, SUBSUMÍVEL AO TIPO PENAL DO ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, PARTE FINAL, DA LEI 7.492/86. PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. PATENTE O INTERESSE DE AGIR POR PARTE DA ACUSAÇÃO. RECURSO DO MPF PROVIDO. DENÚNCIA RECEBIDA.

1 - Segundo se extrai da denúncia, em 21.07.1997, o Recorrido subscreveu cotas do OPPORTUNITY FUND, sediado nas Ilhas Cayman, no valor de US\$ 180.900,00, resgatando em 23.10.2003, a quantia de US\$ 175.852,05. Consta da denúncia, ademais, que, de acordo com informações encaminhadas pela Receita Federal e pelo Banco Central, não constariam declarações de capitais brasileiros no exterior, no período de 1997 a 2003, em nome do Recorrido.

2 - Conforme entendimento da doutrina e da jurisprudência, o tão só fato de o Recorrido não ter declarado as cotas do OPPORTUNITY FUND à Receita Federal já configuraria, em tese, o crime de evasão de divisas.

3 - Por sua vez, não é pacífico o entendimento de que as

Superior Tribunal de Justiça

cotas do OPPORTUNITY FUND não poderiam ser consideradas equivalentes à manutenção de depósitos no exterior, haja vista que esse E. Tribunal, nos autos da Apelação Criminal n.º 0008025-20.2007.403.6181, manteve a condenação pelo crime de evasão de divisas justamente pelo fato de o réu naqueles autos ter mantido dinheiro aplicado em fundos no exterior não declarados às autoridades competentes.

4 - Finalmente, também a alegada falta justa causa para a ação penal diante da iminência da prescrição pela pena máxima abstratamente cominada ao delito não constitui óbice ao recebimento da denúncia, eis que o ordenamento jurídico pátrio repudia a denominada prescrição virtual ou prescrição antecipada. Oultra, aliás, não é a conclusão que se depreende da Súmula n.º 438 do Superior Tribunal de Justiça.

5 - Recurso do MPF provido. Denúncia recebida (fls. 2947/2948).

Em seguida, a defesa do agravante opôs embargos de declaração que foram desprovidos, ante a ausência de omissões (fls. 2963/2968).

Em sede de recurso especial, a defesa sustentou violação ao art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei n. 7.492/86, porque a conduta do agravante foi atípica. Entende que o fato do agravante não ter declarado à repartição federal competente a manutenção de cota em fundo de investimento no exterior não se equipara à manutenção de depósito no exterior também não declarado à repartição competente, sob pena de violação ao princípio da legalidade. Aduz que o art. 2º da Circular 3.071/01 do Banco Central diferencia depósito de outros investimentos para fins de declaração.

Noutro tópico, a defesa alegou violação ao art. 619, *caput*, do Código de Processo Penal – CPP, porque o Tribunal de origem, ao julgar os embargos de declaração, se recusou a analisar a questão da ilicitude da prova emprestada e derivada que ampara a presente ação penal, notadamente diante da concessão da ordem no *habeas corpus* n. 106.566 pelo Supremo Tribunal Federal – STF que declarou ilícitas as provas obtidas em busca e apreensão realizada na sede do Banco Opportunity. Em razão da referida omissão, violou-se também os artigos 654, § 2º e 157, § 1º ambos do CPP.

Enfim, a defesa requereu a rejeição da denúncia em razão da atipicidade da conduta ou novo julgamento dos embargos de declaração com determinação ao Tribunal de origem para se manifestar sobre a questão de ordem pública.

Contrarrazões foram apresentadas às folhas 3056/3071.

Superior Tribunal de Justiça

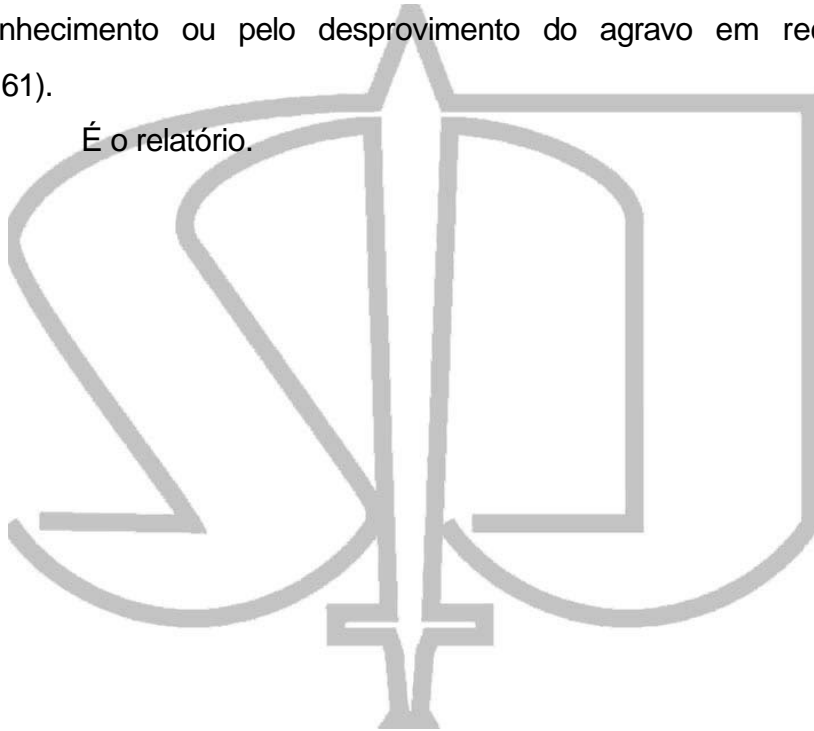
A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista: a) inexistência de omissão no julgamento dos embargos de declaração; b) mero inconformismo com decisão em desfavor da tese defensiva; e c) óbice do revolvimento fático-probatório, conforme Súmula n. 7/STJ (fls. 3092/3095).

Em agravo em recurso especial, a defesa refutou os referidos óbices (fls. 3101/3112).

Contraminuta às fls. 3132/3135.

O MPF, por intermédio da Procuradoria Geral da República, opinou pelo não conhecimento ou pelo desprovimento do agravo em recurso especial (fls. 3151/3161).

É o relatório.



AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 774.523 - SP (2015/0220904-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Atendidos os pressupostos de admissibilidade do agravo, é o caso de exame do recurso especial, na forma do art. 1.042, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015 – CPC. Segue, então, a análise do recurso especial.

Antes de ingressar nas alegações do recorrente, cumpre destacar que o delito em apuração está descrito na parte final do parágrafo único do art. 22 da lei n. 7.492/86, com pena máxima em abstrato de 6 anos de reclusão. Embora o agravante detivesse a aplicação financeira desde 1997, apenas a falta de declaração do saldo em 31/12/02 não foi alcançado pela prescrição da pretensão punitiva em abstrato pela pena máxima cominada ao delito entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, pois a consumação do delito se operou com a omissão, ou seja, com a não entrega da declaração em 1/8/03, conforme disposto no art. 7º, II, da Circular 3181 do Banco Central do Brasil – BACEN, e a denúncia foi recebida em 23/3/15 (fl. 2948). Ainda, a conduta típica é manter no exterior depósitos não declarados à repartição federal competente, no caso o BACEN, autorizado a estipular as condições de declaração de valores detidos no exterior, conforme a Resolução 2.911 de 29/11/01.

Sobre a violação ao art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei n. 7.492/86, o Tribunal de origem considerou típico o fato narrado na denúncia em razão da aplicação financeira em fundo de investimento no exterior não ter sido declarada. Cito o trecho:

"Segundo se extrai da denúncia, em 21.07.1997, o Recorrido subscreveu cotas do OPPORTUNITY FUND, sediado nas Ilhas Cayman, no valor de US\$ 180.900,00, resgatando em 23.10.2003, a quantia de US\$ 175.852,05. Consta da denúncia, ademais, que, de acordo com informações encaminhadas pela Receita Federal e pelo Banco Central, não constariam declarações de capitais brasileiros no exterior, no período de 1997 a 2003, em nome do Recorrido.

Em sendo assim, e a despeito das ponderações constantes da decisão recorrida, não está configurada a patente atipicidade dos fatos a ensejar a rejeição da denúncia.

De fato, conforme resulta das considerações supra, o tão só fato de o Recorrido não ter declarado as cotas do OPPORTUNITY FUND à Receita Federal já configuraria, em tese, o crime de evasão de divisas.

Por sua vez, não é pacífico o entendimento de que as cotas

Superior Tribunal de Justiça

do OPPORTUNITY FUND não poderiam ser consideradas equivalentes à manutenção de depósitos no exterior, haja vista que esse E. Tribunal, nos autos da Apelação Criminal n.º 0008025-20.2007.403.6181, manteve a condenação pelo crime de evasão de divisas justamente pelo fato de o réu naqueles autos ter mantido dinheiro aplicado em fundos no exterior não declarados às autoridades competentes" (fl. 2945).

Pois bem, assim dispõe o art. 22 da Lei n. 7.492/86:

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

A parte final do parágrafo único tipifica a manutenção de depósito não declarado à repartição federal competente no exterior. Para fins de interpretação do termo "depósito" deve-se considerar o fim a que se destina a norma, pois visa à proteção do Sistema Financeiro Nacional – SFN. A lei não restringiu (não seria melhor a modalidade de) o local de depósito no exterior. Assim, não deve ser considerado apenas o depósito em conta bancária no exterior, mas também o valor depositado em aplicação financeira no exterior, em razão da disponibilidade da moeda e do interesse do SFN.

Neste sentido, cito a doutrina de Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens (in O Crime de Evasão de Divisas: A Tutela Penal do Sistema Financeiro Nacional na Perspectiva da Política Cambial Brasileira – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2006. fls. 178/179):

"A forma delitiva da segunda parte do parágrafo único igualmente visa à proteção da regular execução da política cambial, uma vez certo que depósitos titulados no exterior constituem-se como um passivo cambial. Ou seja, na expectativa de que um dia retornarão ao País, esses depósitos exigirão ser contraprestacionados em moeda nacional.

Mais especificamente, o controle exercido pelo BACEN sobre depósitos no exterior tem por objetivo mapear o quadro dos capitais brasileiros no exterior e conhecer a composição do passivo externo líquido do País, dados esses convenientes e necessários à boa formatação da política cambial brasileira, sendo essa a finalidade protetiva da norma.

Superior Tribunal de Justiça

O objeto material da conduta delituosa são os depósitos mantidos pelo agente no exterior, em moeda ou divisas, ao título que forem: como investimento direto, empréstimos, financiamentos etc. Compreendem-se nessa conceituação, portanto, as disponibilidades financeiras (divisas ou moeda local depositada em conta bancária) ou títulos que lhe sejam correspondentes por uma relação de liquidez imediata (v. g., aplicações em poupança, fundos de investimentos, ações em bolsa de valores, certificados de depósito bancários etc)."

Ainda, em manifestação mais recente, a doutrina de Leandro Bastos Nunes que, colacionando o acórdão do Tribunal a quo, entendeu por escorreita uma interpretação teleológica do termo "depósito", cito (in Evasão de Divisas, 2ª Edição revista e ampliada – Salvador: Juspodivm. 2017. fls. 141/142):

"A norma penal faz alusão à manutenção de 'depósitos não declarados'. A nosso ver, o legislador, ao tipificar a expressão 'depósito', buscou abarcar todo tipo de investimento que fosse convertido em valor monetário (dinheiro), incluindo ações, cotas de fundo de investimentos, debêntures, entre outros.

Nesse sentido, é cediço que, quem faz este tipo de aplicação, tem por escopo transformá-lo em pecúnia, assim que puder, detendo a disponibilidade imediata para seu uso financeiro.

A mens legis deve ser efetivada, em virtude da técnica de interpretação sistemática e teleológica, haja vista que a finalidade do legislador foi a de proteger as reservas cambiais. Com efeito, afigura-se intuitivo o fato de que, ainda que as cotas do fundo de investimentos estejam no exterior sem previsão de imediata transferência à conta corrente, a aludida situação possibilita a sua disponibilidade imediata para serem convertidas em pecúnia, conforme os ditames da vontade do seu titular (solicitação de resgate, venda no mercado de ações, etc.).

Nesse sentido, a interpretação teleológica é um método de interpretação legal que tem por critério extrair a finalidade da norma. Conforme a respectiva exegese, ao se interpretar um dispositivo legal, deve-se levar em conta as exigências econômicas e sociais, conformando-se aos princípios da justiça e ao bem comum (art. 5º da Lei de introdução às normas do Direito).

O elemento teleológico pode ser explicado como uma maneira de desvendar o sentido da lei, descobrindo suas finalidades e objetivos. A palavra 'teleologia' significa 'a doutrina acerca das causas finais': a qual busca explicar as coisas pelos fins a que são destinadas.

As finalidades de uma lei devem sofrer alterações ao decorrer dos tempos, em virtude da evolução da sociedade, cabendo ao intérprete revelar as novas finalidades, fazendo-o dentro de um trabalho sério e responsável, com observâncias de princípios do próprio ordenamento jurídico.

De outro lado, vale registrar que os depósitos podem ter

Superior Tribunal de Justiça

origem no exterior, ou seja, não é necessária a remessa no Brasil e a posterior manutenção em outro país, podendo, para configurar o delito, incidir, por exemplo, na hipótese da respectiva transferência de uma conta no exterior para outra em outro país.

Deve-se incluir no conceito de depósito qualquer tipo de investimento no exterior aplicado no sistema financeiro, tais como, ações, fundos ou cotas de fundos de investimentos (incluindo previdência privada), haja vista o escopo da norma em tutelar o controle das divisas situadas no exterior, abrangendo os respectivos depósitos oriundos de quaisquer tipos de aplicações financeiras, com base na hermenêutica da interpretação sistemática e teleológica."

Portanto, no caso em tela, a suposta aplicação financeira realizada por meio da aquisição de cotas do fundo de investimento Opportunity Fund no exterior e não declarada à autoridade competente preenche a hipótese normativa do art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei n. 7.492/86. Ressalte-se que o BACEN, ainda na Circular 3.071 de 2001, já estabelecia que os valores dos ativos em moeda detidos no exterior deveriam ser declarados, conforme art. 1º e art. 2º.

Sobre a violação ao art. 619 do CPP, o Tribunal de origem não se manifestou sobre a ilicitude das provas que embasaram a denúncia porque esta questão não constou da rejeição da denúncia na 1ª Instância. Cito o trecho do julgamento dos embargos de declaração:

"Por sua vez, segundo se infere de fls. 2.705/2.709, a suposta ilicitude das provas que embasaram a denúncia não foi o motivo que ensejou a rejeição da peça exordial pela decisão que acabou reformada pelo acórdão embargado.

Assim, força convir que essa questão não foi devolvida a cognição desta C. Corte, que, por isso mesmo, não incorreu em qualquer omissão ao não apreciá-la, notadamente porque - é bom que se frise - a aventada ilicitude da provas somente foi alegada nos embargos de declaração ora apreciados" (fl. 2965).

Destarte, não houve violação ao art. 619 do Código de Processo Penal – CPP, pois a questão da ilicitude da prova não foi objeto do recurso em sentido estrito e nem da decisão de rejeição da denúncia, tratando-se de inovação recursal. No mesmo sentido, cito precedente:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO. APONTADA CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS INDICIÁRIAS. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EIVA INEXISTENTE. ACÓRDÃO ESTADUAL QUE DECIDIU A QUESTÃO

DE FORMA FUNDAMENTADA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA.

1. No Recurso Especial, a parte pretende a declaração de nulidade do acórdão recorrido por ofensa ao art. 619 do CPP, ao argumento de que o Tribunal a quo não teria se manifestado em relação à omissão apontada pelo agravante.

2. Nos termos do entendimento consolidado nesta Corte, não é admissível a inovação de tese recursal nos embargos declaratórios opostos contra decisão proferida na apelação.

PLEITO ABSOLUTÓRIO. REEXAME DO CONTEÚDO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO.

[...]

3. Agravo improvido (AgRg no AREsp 1003830/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 20/4/2018).

Por seu turno, justificada a falta de análise da ilicitude da prova, não há que se falar em violação aos artigos 157, § 1º, e 654, § 2º, do CPP, que pressupõem a análise do mérito das alegações pelo Tribunal de origem.

Destaque-se que o recebimento da denúncia não afasta do agravante o direito de requerer, perante as instâncias ordinárias, o trancamento da ação penal, com demonstração da suposta flagrante ilegalidade que entende presente diante do julgamento do *habeas corpus* 106.566/STF.

Ante o exposto, voto no sentido de se admitir o agravo em recurso especial e negar provimento ao recurso especial.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2015/0220904-8

PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 774.523 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00115573120094036181 115573120094036181 12614 1262014 200861810090028
200961810115571 2015166562 2015166563 5226014 522602014

PAUTA: 07/05/2019

JULGADO: 07/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MARCELO AUGUSTO DE BARROS SANCHES PONCE

ADVOGADO : JORGE MIGUEL NADER NETO E OUTRO(S) - SP158842

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL

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, admitiu o agravo em recurso especial e negou provimento ao recurso especial."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.