



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.205 - SP (2009/0220979-5)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : EDUARDO ANTONIO MIGUEL ELIAS E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : FABIO PAZZANESE FILHO

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (ART. 6º DA LEI N. 7.492/1986). *WRIT* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VERIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, DE EVENTUAL COAÇÃO ILEGAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. VIABILIDADE. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO, AO ARGUMENTO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPROCEDÊNCIA. SONEGAÇÃO DE INFORMAÇÃO AO ÓRGÃO COMPETENTE SOBRE A REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS. ADEQUAÇÃO AO TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 6º DA LEI N. 7.492/1986. BEM JURÍDICO TUTELADO. CONFIABILIDADE NA ATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. CRIME FORMAL. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. PACIENTE DENUNCIADO E CONDENADO POR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, EM RAZÃO DOS MESMOS FATOS. NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE, AINDA, DO CONCURSO FORMAL DE CRIMES (ART. 70 DO CP). JULGAMENTO *ULTRA PETITA* PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INEXISTÊNCIA. ACOLHIMENTO DE PEDIDO SUBSIDIÁRIO FORMULADO PELO *PARQUET* FEDERAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. DECURSO DE LAPSO SUPERIOR A 8 ANOS ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO RECORRÍVEL. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É inadmissível o emprego do *habeas corpus* em substituição a recurso especialmente previsto no texto constitucional (precedentes do STJ e do STF).
2. Na esteira do que vem decidindo esta Corte Superior de Justiça, é necessária uma racionalização do *habeas corpus*, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do *writ*, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, temas afetos à apelação criminal, recurso especial, agravo em execução, tampouco em substituição a revisão criminal, de cognição mais ampla.
3. Apesar de se ter solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como substitutivo do recurso cabível, este Superior Tribunal analisa, com a devida atenção e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso a caso, a existência de coação manifesta ao direito de ir e vir, não tendo sido aplicado o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial.

4. Busca a impetração anulação da condenação imposta ao paciente, ao argumento de atipicidade da conduta, de ocorrência de *bis in idem*, de julgamento *ultra petita* pelo Tribunal de origem e de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

5. Foi descrita e imputada ao paciente a conduta de ter formalizado operações financeiras por meio da lavratura dos instrumentos contratuais de Instrumento Particular de Negociação de Contratos Futuros de Taxa de Câmbio de Reais por Dólar Comercial, Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda de Contratos Futuros de Taxas de Depósito Interbancário de Um Dia e Instrumento Particular de Compra e Venda a Termo e de não ter registrado nenhum deles na Central de Custódia e de Liquidação de Títulos - CETIP, ou em outros sistemas de registro, de custódia e de liquidação.

6. Tal conduta amolda-se ao tipo penal de manter em erro o órgão responsável pela fiscalização da instituição, por meio da sonegação de informação a respeito de operação financeira, previsto no art. 6º da Lei n. 7.492/1986. Não se exige, para a consumação do delito em apreço, que ocorra efetivo prejuízo, uma vez que se trata de crime formal. Precedente.

7. Apesar de existir correlação entre as condutas imputadas ao paciente nas ações penais instauradas para a apuração de crime contra a ordem tributária e crime contra o Sistema Financeiro Nacional, em razão de referidas condutas terem por base as operações financeiras realizadas pela instituição de que o paciente figura como diretor, consubstanciadas em operações *day trade*, realizadas por meio de contratos de liquidação futura, não se vislumbra, na via estreita do *writ* e dos documentos constantes dos autos, a ocorrência de *bis in idem*.

8. Na ação penal em que se imputa o crime contra o Sistema Financeiro, observa-se que as condutas consistem, em geral, na sonegação de informações a respeito das operações realizadas pela instituição financeira ao órgão competente, a fim de manter em erro a entidade fiscalizadora, enquanto na ação penal em que se atribui a prática do crime contra a ordem tributária, existe toda uma narrativa que visa demonstrar a realização de operações destinadas a reduzir o pagamento de determinados tributos, donde se infere que, embora os fatos estejam correlacionados, não são atribuídas condutas idênticas em ações penais distintas.

9. Não se pode olvidar que da mesma situação fática pode decorrer a suposta prática de mais de um crime, idênticos ou não, sendo esta a regra prevista no art. 70 do Código Penal, em relação ao concurso formal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10. Não há falar em julgamento *ultra petita* pelo Tribunal de origem, em razão de este ter condenado o paciente por crime não pleiteado nas razões do recurso de apelação ajuizado pelo Ministério Público, quando evidenciado o acolhimento de pedido subsidiário formulado pelo *Parquet* federal.

11. Verificado que entre o recebimento da denúncia e a publicação do acórdão condenatório recorrível não decorreu lapso superior a 8 anos, prazo prescricional da pena de 3 anos e 9 meses, aplicada ao paciente em razão da condenação pelo crime contra o Sistema Financeiro Nacional, não há como acolher o pedido de extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva.

12. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer da ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 20 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.205 - SP (2009/0220979-5) (f)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de **Fabio Pazzanese Filho**, em que se aponta como autoridade coatora a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Narram os autos que o Ministério Público Federal, em 30/6/1997, denunciou o paciente como incurso no art. 6º da Lei n. 7.492/1986, na forma do art. 71 do Código Penal (fls. 1.019/1.028).

Terminada a instrução criminal e apresentadas as alegações finais pelas partes, o Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal Federal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo entendeu por bem absolver o paciente das condutas imputadas na denúncia, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal (fls. 90/121 – Ação Penal n. 97.0103078-8).

Irresignado, o Ministério Público Federal interpôs apelação criminal na colenda Corte de origem, que deu parcial provimento ao recurso para condenar o paciente como incurso nas condutas imputadas na denúncia, às penas de 7 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 225 dias-multa (fls. 750/821 – Apelação Criminal n. 2001.03.99.025621-4):

PENAL. PROCESSO PENAL. LEI N. 7.492/86, ART. 6º. SONEGAÇÃO FISCAL. PREJUDICIALIDADE. LITISPENDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. JUÍZO A QUO. DECISÃO DA LIDE. GESTÃO FRAUDULENTA. *EMENDATIO LIBELLI*. INADMISSIBILIDADE.

1. No delito contra o sistema financeiro, a norma visa tutelar a confiança que deve reger as relações das pessoas que atuam no mercado financeiro, de forma a garantir a lisura e a licitude na gestão das instituições financeiras. Na sonegação fiscal, a norma busca preservar a ordem tributária, a regularidade da arrecadação de tributos. Assim, os bens jurídicos tutelados são diversos, razão pela qual não há litispendência nem relação de prejudicialidade entre esta ação penal e a que imputa ao paciente a prática do delito de sonegação fiscal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. O MM. Juízo *a quo* decidiu a lide ao absolver o réu com fundamento no art. 386 do Código de Processo Penal. Não há contradição entre a fundamentação e a conclusão da sentença, uma vez que o MM. Juiz não se manifestou acerca da prática do delito de sonegação fiscal por entender inaplicável a *emendatio libelli*.

3. Operações futuras realizadas pela entidade financeira em contrariedade às normas do Banco Central, uma vez que celebradas no mercado de balcão, por instrumentos particulares e sem registro no órgão competente.

4. O lançamento contábil dos prejuízos foi escriturado de forma irregular, de forma a encobrir os valores envolvidos nas receitas obtidas com títulos de renda fixa e com prestação de serviços. É irrelevante a circunstância de não ter havido alteração no patrimônio líquido, uma vez que não afasta o fato de terem sido adotados mecanismos que visavam iludir os procedimentos fiscalizatórios do Banco Central.

5. Incabível a aplicação do art. 383 do Código Penal (*sic*) para a condenação do réu pela prática do delito do art. 4º, *caput*, da lei n. 7.492/86. A alteração da definição jurídica implicaria o reconhecimento de elementar não contida na denúncia e que não foi objeto de prova nos autos, qual seja, o conluio entre as empresas que realizaram as operações financeiras.

6. Preliminares rejeitadas. Apelação parcialmente provida.

Em *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do eminente Ministro Paulo Galotti, o paciente obteve a concessão parcial da ordem, a fim de que fosse reduzida a reprimenda anteriormente imposta a 3 anos e 9 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 125 dias-multa, substituída a privativa de liberdade por duas restritiva de direitos, a serem implementadas pelo Juízo da Execução (fls. 886/897 – HC n. 77.508/SP).

Aqui, os impetrantes alegam constrangimento ilegal consistente na condenação do paciente por crime contra o sistema financeiro nacional, em segundo grau de jurisdição, aos seguintes argumentos:

a) de ser atípica a conduta imputada na denúncia, tendo em vista que o paciente, quando na direção de sua empresa, realizava operações de "hedge" – operação financeira juridicamente disciplinada (Decreto-Lei n. 2.014/1983; Lei n. 8.383/1991; e Lei n. 9.779/1999), que não opera com índices diferenciados e considerada atípica pelo Banco Central (Bacen) –, *consubstanciadas em contratos escritos que serviram de base para a escrituração contábil, que foi rigorosamente lançada nos livros "diário" e "razão" da Negocial (empresa do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente), assim permanecendo à disposição dos agentes do Bacen e da Receita Federal ao longo do tempo (fl. 11), tendo o próprio Estado recolhido imposto sobre sua realização (fl. 15);

b) de ser atípica a conduta atribuída na inicial acusatória, pois o acórdão condenatório não indica qual seria a informação falsa ou supostamente sonogada pela empresa pertencente ao acusado aos agentes do Bacen, e o paciente não teve nenhuma *intenção de mascarar o resultado das operações de sua empresa* (fl. 14);

c) de ser atípica a conduta imputada na ação penal, pois o *bem juridicamente tutelado pela norma penal no caso vertente, não foi atingido pela conduta que foi atribuída ao Paciente, vez que a contabilidade de sua empresa, inteiramente revelada aos agentes do Banco Central (consta da instrução de forma insofismável), exibiu todas as operações realizadas, as quais estavam corretamente lançadas por seus valores, datas e partícipes efetivos* (fl. 20);

c) da ocorrência de *bis in idem*, uma vez que as mesmas condutas imputadas ao paciente já são objeto de outra ação penal, que lhe imputa a prática de crime contra a ordem tributária (Ação Penal n. 2000.61.81.000406-0);

d) da ocorrência de julgamento *ultra petita*, tendo em vista que o Ministério Público Federal pleiteou a condenação do paciente pelo crime previsto no art. 4º da Lei n. 7.492/1986, e a Corte de origem deu parcial provimento ao recurso para condenar o paciente como incurso no art. 6º da mesma lei;

e) da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, uma vez que entre a data do recebimento da denúncia e a publicação do acórdão do Superior Tribunal de Justiça que reduziu a reprimenda imposta ao paciente decorreu lapso superior a 8 anos, prazo previsto em lei para a prescrição da pena de 3 anos e 9 meses de reclusão, imposta ao paciente (art. 109, IV, do Código Penal).

Postula, então, o deferimento de medida liminar para que seja suspensa a execução da pena imposta até o julgamento do mérito do presente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

writ. No mérito, requer: a) a declaração de atipicidade da conduta imputada ao paciente; ou b) a declaração de julgamento *ultra petita* pelo Tribunal de origem; ou c) a declaração de nulidade da decisão que condenou o paciente, em razão da ocorrência de *bis in idem*; ou d) o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa.

A liminar foi indeferida pelo então Relator, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), em 11/11/2009 (fls. 902/903).

Prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora (fls. 913/917), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 928/934):

HABEAS CORPUS. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. ARTIGO 6º DA LEI 7.492/86. TIPICIDADE CONFIGURADA. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO EXTRA PETITA PELO TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA. PRESCRIÇÃO NÃO IMPLEMENTADA.

Parecer pela denegação da ordem.

Solicitadas novas informações (fl. 936), foram elas devidamente prestadas (fls. 972/976 e 995/1.028).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.205 - SP (2009/0220979-5) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O presente *writ*, ajuizado no dia 10/11/2009 (fl. 2), foi impetrado contra o acórdão do Tribunal de origem que deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal contra a sentença que absolveu o paciente das condutas imputadas na denúncia, prolatado no dia 13/12/2004 (fl. 821), tendo a condenação, imposta em segundo grau de jurisdição, transitado em julgado em 20/3/2007 (fl. 956).

Assim, o presente *writ* apresenta-se como substitutivo de revisão criminal.

Na esteira do que vem decidindo esta Corte Superior de Justiça, é necessária uma racionalização do *habeas corpus*, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do *writ*, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, tema afetos à apelação criminal, recurso especial, agravo em execução, tampouco em substituição a revisão criminal, de cognição mais ampla.

A ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

Nesse sentido: HC n. 155.924/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/8/2012; HC n. 190.067/MS, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 1º/8/2012.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nada impede, entretanto, que, nos *habeas corpus* antigos, quer dizer, nos que já tramitavam por aqui, o Superior Tribunal de Justiça analise a questão, de ofício, se for hipótese de gritante ilegalidade, absurda teratologia, erro técnico grosseiro, passível de ser constatado de plano, afinal não se podem fechar as portas do Superior Tribunal de Justiça a ponto de permitir flagrante injustiça.

Busca a impetração anulação da condenação imposta ao paciente, ao argumento de atipicidade da conduta, de ocorrência de *bis in idem*, de julgamento *ultra petita* pelo Tribunal de origem e de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Antes de apreciar o mérito da impetração, com o fim de verificar eventual prejudicialidade em razão da possibilidade do cumprimento integral da reprimenda de 3 anos e 9 meses de reclusão pelo paciente, solicitei informações ao Juízo de primeiro grau (fl. 991), que comunicou não ter o sentenciado iniciado o cumprimento das reprimendas alternativas impostas em substituição à privativa de liberdade em questão (fl. 1.033).

No tocante à alegação de atipicidade da conduta, não vislumbrei constrangimento ilegal apto a justificar a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício.

Conforme se observa da denúncia ofertada pelo *Parquet* federal, foram imputadas ao paciente as seguintes condutas delituosas (fls. 1.019/1.027):

[...]

Consta dos autos que Fábio Pazzanese Filho, na condição de Diretor da entidade financeira NEGOCIAL DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA. realizou operações vedadas de liquidação futura no mercado de balcão, no período de agosto de 1994 a dezembro de 1995, prática defesa pela (sic) Resoluções nº 2.042/94 e 2.138/94 (cujo teor encontra-se às fls. 1.184/1.185).

As operações foram formalizadas mediante a lavratura de vários instrumentos contratuais, quais sejam, "Instrumento Particular de Negociação de Contratos Futuros de Taxa de Câmbio de Reais por Dólar Comercial", "Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda de Contratos Futuros de Taxas de Depósito Interbancário de Um Dia" e "Instrumento Particular de Compra e Venda a Termo", os quais não foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

registrados na Central de Custódia e de Liquidação de Títulos - CETIP, ou em outros sistemas de registro, de custódia e de liquidação (fls. 24 a 593).

Quando da consulta à CETIP, em 25 de agosto de 1994, relativamente à possibilidade de registro dos contratos das operações, a resposta foi negativa, precisamente pelo fato de que sua prática não era permitida e de modo algum desobrigando o registro das operações e sim afirmando a impossibilidade por serem irregulares (fls. 1.113 e 1.114). Fato que, por si só, afasta qualquer pretensão ausência de dolo por parte do agente.

Além de as operações terem sido realizadas sem o devido registro, os prejuízos obtidos nas negociações com os contratos futuros foram registrados a débito das contas de receitas com títulos de renda fixa e de prestação de serviços, contrariando as regras contábeis dispostas no Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - COSIF.

O registro, em uma mesma conta, dos lucros e prejuízos de forma a se anularem mutuamente, foi feito para tornar menos visíveis os valores individuais de cada operação, os quais eram extremamente altos. Assim, a forma de contabilização empregada objetivou encobrir os elevados valores envolvidos, a fim de que passassem despercebidas as operações irregulares.

Ademais, os frequentes registros de prejuízos significativos ocasionaram a transferência dos lucros obtidos nas operações "day-trade" de títulos públicos. Os prejuízos em negociações de mercado futuro foram extremamente grandes, em valores próximos aos ganhos obtidos nas operações com títulos públicos. Os lucros obtidos em várias operações que envolviam títulos públicos, inclusive comissões, foram anormais quando comparados aos valores de mercado (vide quadro abaixo).

Note-se que não houve justificativa para os prejuízos devido à inexistência de ativos e passivos nos montantes contratados ou vinculados à variação cambial.

Outrossim, as empresas não financeiras assumiram risco incompatível com sua capacidade econômica, considerando-se os volumes negociados em comparação com seus capitais sociais registrados na Junta Comercial do Estado de São Paulo. Há empresas que fizeram contratos mais vultosos que seus capitais...

O esquema operacional está resumido nos quadros a seguir:

Lucros em operações "day-trade" de títulos públicos, conjugados com prejuízos em negociações de contratos futuros em 19.04.95.

[...]

Como se vê, o lucro obtido nas operações "day-trade" de R\$ 7.793.000 (sete milhões, setecentos e noventa e três mil reais), realizado a taxas incompatíveis com as de mercado, foi totalmente compensado com prejuízos em negociações de contratos futuros. Tais operações foram pactuadas com as empresas VNG Assessoria Empresarial Ltda. (contrato nº 032/95) e Fervaz Comercial e Distribuidora de Materiais Elétricos Ltda (contrato nº 033/95), que receberam R\$ 3.409.000,00 (três milhões, quatrocentos e nove mil reais), respectivamente.

Comissões recebidas do Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A. pela intermediação e indicação de cliente na colocação de CDB, conjugadas com prejuízos em negociações de contratos futuros:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

A comissão de R\$ 1.916.000,00 (um milhão, novecentos e dezesseis mil reais), relativa ao CDB emitido em 28 de novembro de 1994 foi registrada em 29 de novembro de 1994. Nesta mesma data ocorreu o pagamento de R\$ 1.816.000,00 (um milhão, oitocentos e dezesseis mil reais) para a Won Química Comercial Ltda., por conta da liquidação de contrato futuro de taxas de câmbio de reais por dólar comercial nº 026/94 (fl. 03).

O mesmo procedimento foi observado no recebimento da comissão de R\$ 816.000,00 (oitocentos e dezesseis mil reais), registrada em 27 de dezembro de 1994, por conta do CDB emitido em 26 de dezembro de 1994. Nesta mesma data, ocorreu o pagamento de R\$ 764.000,00 (setecentos e sessenta e quatro mil reais) para a Thor Engenharia e Comércio Ltda. por conta da liquidação de contrato futuro de taxas de câmbio de reais por dólar comercial nº 041/94 (fl. 04).

Empresas com capital inferior aos valores contratados:

[...]

De notar-se, que o tipo penal do crime em questão sequer reclama o prejuízo. É a lição do saudoso professor Manoel Pedro Pimentel "Há uma presunção de prejuízo, cuja demonstração é despicienda para a configuração do delito."

[...]

Em suma: a) A Negocial, entidade financeira a qual o acusado dirige, realizou operações vedadas, no período de agosto de 1994 a setembro de 1995, configuradas pelas negociações de contratos futuros, ao mercado de balcão, firmadas por instrumento particular, sem registro (pelo fato de não serem regulares); b) compensou lucros com prejuízos, causando distorção nas contas de resultado. A conta correta para lançamento dos prejuízos seria a 8.1.5.50.92-2 (Despesas Operacionais - Resultado de Transações com Títulos e Valores Mobiliários - Outros) e não o registro em uma mesma conta de lucros e prejuízos de modo a se anularem mutuamente e a camuflar os valores individuais envolvidos; e c) registros de frequentes e significativos prejuízos, por conta das negociações, conduzidas irregularmente, ocasionando a transferência dos lucros obtidos nas operações "day-trade" de títulos públicos, inclusive das comissões recebidas pela intermediação na colocação de títulos. Os lucros obtidos em operações de compra e venda de títulos no mesmo dia, conforme ilustram os quadros acima, superaram, em diversos casos, 20% do valor da aquisição dos títulos pela Negocial, chegando a 53 % em uma das operações. Houve um nítido despropósito em tais lucros os quais, através dos lançamentos contábeis inidôneos, manteve em erro o Banco Central, repartição pública fiscalizadora.

Assim agindo, Fábio Pazzanese Filho, por um ano e meio, na condição de diretor da Negocial Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda, livre e conscientemente, realizando operações financeiras vedadas e sonegando informações sobre fatos juridicamente relevantes, através de registros contábeis que mascaravam resultados, manteve em erro o Banco Central do Brasil, repartição pública competente para a fiscalização do sistema financeiro nacional, estando, portanto, incurso na sanção do artigo 6º da Lei nº 7.492/86 c/c artigo 71 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

O Tribunal de origem condenou o paciente como incurso no crime em apreço, mediante a seguinte fundamentação (fls. 750/751, 763, 765, 770, 777/786 e 799):

[...]

VOTO

Imputação. A denúncia imputa a Fabio Pazzanese Filho, na condição de diretor de entidade financeira Negocial - Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., 4 (quatro) condutas perpetradas no período de 08.94 a 12.95, consistentes na realização de operações futuras em contrariedade às normas do Banco Central (Resoluções n. 2.042/94, 2.138/94), uma vez que celebradas no mercado de balcão, por instrumentos particulares e sem registro no órgão competente, em especial a Central de Custódia e de Liquidação - CETIP, os quais foram denominados "instrumento particular de negociação de contratos futuros de taxa de câmbio em reais por dólar comercial", "instrumento particular de promessa de compra e venda de contratos futuros de taxas de depósito interbancário de um dia" e "instrumento particular de compra e venda a termo".

Desses contratos advieram prejuízos, cujo lançamento contábil desobedeceu ao Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - COSIF. A conta correta para registro dos prejuízos seria a denominada de "Despesas Operacionais - Resultados de Transações com Títulos e Valores Mobiliários - Outros", código 8.1.5.50.92-2, mas foram escriturados a débito das receitas obtidas com títulos de renda fixa e com prestação de serviços, de modo a encobrir os valores envolvidos nessas receitas, derivadas de operações *day trade* com títulos públicos, baldando a fiscalização do Banco Central.

Afirma a denúncia que os prejuízos ocasionados pelos contratos futuros são próximos aos ganhos supramencionados. Estes seriam anormais, superando, em diversos casos, a 20 % (vinte por cento) do valor da aquisição dos títulos pela Negocial, chegando a 53 % (cinquenta e três por cento) em uma das operações. Aduz que as empresas não-financeiras que celebraram os contratos futuros teriam assumido risco incompatível com a sua capacidade econômica, considerado o respectivo capital social registrado na Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP.

[...]

Materialidade. A materialidade do delito encontra-se comprovada pelos seguintes documentos:

[...]

Autoria. Fábio Pazzanese Filho, diretor da Negocial Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., era o responsável por sua administração e pela realização das operações no mercado financeiro durante o período de 08.94 a 12.95 (cfr. registro no SISBACEN), fl. 1.100 e cláusula 6ª dos instrumentos particulares de alteração contratual de fls. 1.106 e 1.112).

O réu, na condição de diretor da Negocial, realizou, no período de 08.94 a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12.95, operações referentes a negociações de contratos futuros, no mercado de balcão, por meio de instrumentos particulares e sem registrá-las na Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETIP.

Foram ouvidas duas testemunhas de defesa, cujos depoimentos tendem a sustentar a inocência do réu.

[...]

Tais depoimentos não são persuasivos da inocência do acusado. A circunstância de que o patrimônio líquido não teria sido afetado pelos procedimentos contábeis adotados em nada interfere com os fatos descritos na denúncia, os quais versam sobre a ilusão aos procedimentos fiscalizatórios mediante encobrimento dos valores envolvidos nas operações em questão, sobretudo com títulos públicos. Dizer que, para efeitos tributários, é possível lançar o resultado (prejuízo) dos contratos futuros de hedge, consideradas as suas peculiaridades, não é dizer que tal resultado deve ser lançado a débito de contas relativas a títulos de renda fixa, anulando o resultado específico desta, o qual denunciaria, à fiscalização do Banco Central, o seu elevado valor e a dissonância das taxas, cotejadas com as do mercado. As testemunhas não afirmam que os saldos das contas concernentes às operações com títulos de renda fixa não tenham sido afetados pelo registro de prejuízos com operações de natureza incontroversamente diversa, concomitantemente ao lançamento das receitas nessas mesmas contas. E não se questiona, no caso, sobre a possibilidade de retificações ou estornos por determinação do Banco Central. A superveniência de fiscalizações ulteriores não elide a ocorrência do delito, na medida em que teria sido frustrada a fiscalização do Banco Central no exato momento em que liquidados os títulos (públicos). É absolutamente loquaz a alegação de que interessaria à instituição financeira apresentar patrimônio líquido positivo e elevado, para assim alavancar melhores negócios ou ser "bem vista" pelo banco Central. Pois não há acusação relativa à falta de liquidez ou de patrimônio líquido da instituição financeira, cujos resultados ao cabo do exercício, não se pode deixar de considerar, são diretamente relacionados às operações de vultosos valores escondidos à fiscalização do Banco Central. Em nada socorre ao acusado objetar que teria sido iludido "um computador", considerados os recursos tecnológicos do Banco Central, dado que qualquer sistema de processamento de dados tão-somente fornece as informações imprescindíveis para que os agentes tomem as decisões de sua competência, especialmente para coarctar eventuais negócios ilícitos.

O Processo Administrativo PT n. 9600617128, instaurado pelo Banco Central, considerou atípicos os referidos contratos e, em decorrência, vedada a realização das operações, por infringência ao art. 3º da Resolução n. 2.042, de 13.01.94, e ao art. 4º da Resolução n. 2.138, de 29.12.94 (fls. 1.220/1.221).

Dispõe o art. 1º, § 1º da Resolução n. 2.042, de 13.01.94:

"Art. 1º. Autorizar os bancos múltiplos com carteira comercial e/ou de investimento, os bancos comerciais, os bancos de investimento, as sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários e as sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários a realizar, no mercado de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

balcão, operações de swap referenciadas em ouro, taxas de câmbio, taxas de juros e índices de preços, por conta própria ou de terceiros.

Parágrafo 1º. Para os efeitos desta Resolução, definem-se como swap as operações consistentes na troca dos resultados financeiros decorrentes da aplicação de taxas ou índices sobre ativos ou passivos utilizados como referenciais."

O § 2º do art. 1º da Resolução trata da obrigatoriedade do registro das referidas operações em sistema administrado pela Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETIP e, em seu art. 3º, impede a realização de operações de swap por ela não contempladas, bem como a liquidação futura no mercado de balcão:

"Art. 3º. Fica vedada a realização de operações de swap que não as contempladas nesta Resolução, bem assim a prática de quaisquer outras modalidades de operações de liquidação futura no mercado de balcão. (...)."

A Resolução n. 2.138, de 29.12.94, que revogou a de n. 2.042, também exige o registro no CETIP e veda a realização de operações de liquidação futura no mercado de balcão (arts. 3º e 4º).

Assim, não procede a afirmação do réu (fl. 1.482) de que é arbitrária a alegação de irregularidade das operações realizadas. Isso porque, além de não autorizadas pelo art. 1º das Resoluções ns. 2.042/94 e 2.138/94, encontram-se entre as operações vedadas pelo art. 3º da Resolução n. 2.042 e pelo art. 4º da Resolução n. 2.138.

Ainda na fase extrajudicial, foi colacionada a carta AM/DTVM/049/94, de 25.08.94, por cujo intermédio a Negocial solicitou à CETIP instruções quanto aos procedimentos para o registro dos aludidos contratos, como segue:

"Por solicitação de empresa nossa cliente, que pretende realizar operações de HEDGE com nossa instituição, solicitamos à V. Sas. instruções quanto aos procedimentos à serem adotados para registro no CETIP do Contrato de HEDGE anexo." (sic, fl. 1.148)

Em 01.09.94, a CETIP assim respondeu à solicitação:

"De acordo com o solicitado na correspondência de 25/08/94, informamos não ser passível de registro o contado apresentado, visto que é necessário, para sua efetivação nesta Central de Custódia, que os emissores tenham índices diferenciados." (fl. 1.149)

Foi juntada aos autos cópia do Parecer MF/SRF/COSIT/DITIR n. 246, de 24.06.96, em que figura como interessada a Negocial, sobre o tratamento tributário das despesas e receitas incorridas ou auferidos em operações de hedge, assim ementado:

"Ementa: Compõem o lucro operacional da pessoa jurídica as receitas auferidas nas operações de cobertura (hedge), sendo tributadas na forma da lei, bem assim as despesas incorridas nas mesmas operações são dedutíveis, desde que o objetivo da cobertura esteja relacionado com as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades operacionais da entidade." (fl. 1.444)

A Receita Federal, por ofício de 06.04.99, esclareceu não ser sua atribuição orientar instituições financeiras, salvo quanto aos aspectos tributários das operações, quanto ao registro de operações com títulos públicos e no mercado futuro. Tais atividades são reguladas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários. Indagada se os contratos financeiros com empresas não financeiras no mercado futuro deveriam obedecer a algum padrão por ela normatizado, bem como se tal instituição responderia a consultas sobre a regularidade e registro dessas operações e, finalmente, se as operações de hedge efetivadas pela Negocial teriam sido ou deveriam ter sido submetidas à sua apreciação, informou tão somente que se tratam de atividades e operações disciplinadas e fiscalizadas por órgãos alheios à Secretaria da Receita Federal, exceto quanto aos seus aspectos tributários (fl. 1.460, cfr. fls. 1.447/1.448).

A circunstância de a Negocial ter consultado a CETIP sobre o registro das operações de hedge, inclusive encaminhando cópia dos contratos em questão, não exclui o dolo do réu. Pois, a rigor, da resposta desse órgão não se extrai nenhum juízo concernente à licitude das operações que a instituição financeira estava interessada em realizar. Apenas deu conta de que o registro não seria possível, porque os contratos não continham índices diferenciados. Afora isso, as suspeitas que recaem sobre os contratos concernentes à sua própria higidez bem como a sua ulterior escrituração contábil, nada disso tendo sido, obviamente, questionado pela aludida missiva endereçada pela empresa à CETIP.

Não prospera a alegação de que a conduta do réu não foi dolosa pelo fato de ter efetuado consulta à CETIP acerca da possibilidade de registro da operação e por não constar expressamente da resposta recebida que a operação era irregular (fl. 1.415). Não é crível que o réu, diretor-financeiro da empresa e assessorado por profissional do mercado financeiro (cfr. fls. 1.415/1.416), desconheça as normas que regulam as operações no mercado de balcão e que, a partir da inadmissibilidade da realização do registro da operação na CETIP, tenha concluído que seriam elas autorizadas.

Ademais, a CETIP não é a responsável pela regulamentação do mercado financeiro, mas sim o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários.

A escrita irregular possibilitou a compensação de lucros com prejuízos, gerando distorção nos saldos das contas de resultado. Nesse sentido, resulta correta a conclusão formulada pelo BACEN nos autos do Recurso n. 2.543:

"9. O registro em uma mesma conta, de lucro e prejuízos, de forma que se anulem mutuamente, tem como única consequência tornar menos visíveis os valores individuais do resultado de cada operação, valores estes extremamente altos no presente caso. Não se vislumbra qualquer outro motivo, para a forma de contabilização empregada, que não fosse encobrir os elevados valores envolvidos, com vista a não chamar a atenção para as operações que tinham gerado, o que confirma a ciência, por parte dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indiciados do caráter irregular das operações, e caracteriza a intenção dolosa dos mesmos.

10. Assim, o fato de a forma de contabilização utilizada não resultar em qualquer distorção do Patrimônio Líquido ou no lucro do exercício é de somenos importância, dada a relevância do acima exposto." (fls. 1.542/1.543)

No que toca ao registro contábil, sustenta o réu que não sonegou informações aos agentes do BACEN, dado que durante o período objeto da denúncia (08.94 a 12.95) eram realizadas fiscalizações ordinárias a cada 6 (seis) meses, o que leva a crer que a Negocial deve ter sido vistoriada por 3 (três) vezes (fl. 1.479). Alega que a escrituração era idônea em face dos comprovantes apresentados, não tendo havido informação falsa nos referidos lançamentos. Acresce que, de acordo com o depoimento das testemunhas ouvidas em Juízo, o que ocorreu foi uma inadequação na aplicação das regras de contabilidade que não acarretou nenhuma modificação no resultado líquido das operações examinadas (fl. 1.480).

A solvência da empresa é irrelevante para a tipificação do delito do art. 6º da Lei n. 7.492/86, imputado ao réu, conforme se observa:

[...]

Os documentos de fls. 655/693 demonstram a correlação entre os altos lucros obtidos e os pagamento efetuados a empresas não-financeiras, a título de prejuízos em negociações de contratos futuros. Esse fato corrobora o entendimento de que não houve mero erro contábil, mas sim a adoção de procedimento que visava encobrir os altos lucros obtidos nas operações *day trade* de títulos públicos, como concluiu o Banco Central:

[...]

Um exemplo do procedimento de compensação adotado pela Negocial resulta da análise do lucro obtido em operações *day-trade* no dia 19.04.95 (cfr. quadro demonstrativo de fl. 26 e boletos de fls. 694/713), que perfaz o montante de R\$ 7.793.000,00 (sete milhões, setecentos e noventa e três mil reais). Esse valor foi compensado no mesmo dia com os prejuízos em negociações de contratos futuros realizados com as empresas VNG Assessoria Empresarial Ltda. (fls. 332) e Fervaz Comercial e Distribuidora de Materiais Elétricos Ltda. (fl. 123). Referidas empresas receberam, respectivamente, R\$ 3.409.200,00 (três milhões, quatrocentos e nove mil e duzentos reais) e R\$ 4.464.000,00 (quatro milhões, quatrocentos e sessenta e quatro mil reais), totalizando R\$ 7.873.200,00 (sete milhões, oitocentos e setenta e três mil e duzentos reais).

O mesmo se conclui com a análise das comissões recebidas do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A. A comissão recebida pela Negocial relativa ao CDB emitido em 28.11.94 foi de R\$ 1.915.564,80 (um milhão, novecentos e quinze mil, quinhentos e sessenta e quatro reais e oitenta centavos) (cfr. quadro demonstrativo de fl. 17 e recibo de fl. 714), a qual foi compensada no mesmo dia com o pagamento de R\$ 1.816.500,00 (um milhão, oitocentos e dezesseis mil e quinhentos reais) à Won Química Comercial Ltda. (fl. 599).

O parecer emitido pelo BACEN (fls. 16/24) elenca outras operações realizadas pela Negocial que permitiram a compensação dos lucros por ela obtidos com os prejuízos relativos à negociação de contratos futuros, sempre em valores iguais ou muito próximos um ao outro (cfr. em especial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quadro demonstrativo de fl. 19).

Os depoimentos das testemunhas de acusação comprovam os fatos descritos na denúncia, a principitar pelo de Luiz Haroyoshi Tokugava, inspetor do Banco Central:

[...]

Pelo que se constata do conjunto probatório existente nos autos, está satisfatoriamente comprovada a prática do delito atribuído na denúncia ao acusado Fábio Pazzanese Filho.

[...]

O art. 6º da Lei n. 7.492/1986 assim dispõe:

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.

O delito em questão exige, para sua configuração, a ocorrência de conduta destinada a mascarar ou ocultar operação ou situação financeira em relação a investidores, sócios das instituições financeiras e órgãos encarregados de sua fiscalização. Deve ser verificada a intenção do agente em induzir ou manter em erro referidas pessoas. O delito pode ocorrer nas modalidades de sonegar ou prestar informação falsa, a respeito de operação ou situação financeira.

No caso dos autos, o crime foi imputado ao paciente na modalidade de sonegar a órgão responsável pela fiscalização da instituição financeira de que é diretor informação sobre operações financeiras realizadas e vedadas por resolução, formalizadas por meio de instrumentos contratuais não registrados na Cetip – Central de Custódia e de Liquidação de Títulos.

Segundo consta da denúncia e do acórdão condenatório, o paciente realizou operações de *day trade* no mercado de balcão, compensadas por negociações em contratos futuros, sem registro no órgão competente.

De acordo com José Paulo Baltazar Junior, operações de *day trade* consistem em:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conjuração de operações de compra e venda realizadas em um mesmo dia, mesmos ativos, *commodities* ou exclusivamente financeira. (Disponível em: www.bovespa.com.br, 27.8.04). Quer dizer, um mesmo cliente compra e vende o mesmo ativo financeiro, que poderá ser constituído da operação, caso o preço seja maior no momento da venda, ou pagará apenas o prejuízo, caso o preço seja menor no momento da venda. Com isso, não há necessidade de dispêndio do recurso equivalente a todo o preço do negócio, mas apenas da diferença, uma vez que a liquidação da operação é apenas financeira.

A liquidação é a: "Última etapa do processo de compra e venda de ativos ou valores mobiliários, quando dinheiro e ativo negociado trocam de proprietário. [...] A liquidação pode ser física, onde ocorre efetivamente a entrega do bem no qual o contrato estava referenciado, ou financeira, feita por diferenças de preços." (Disponível em www.bovespa.com.br, 27.8.2004).

(Crimes Federais. 5ª ed., revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 337)

O que chama a atenção no caso dos autos – e contribui decisivamente para a configuração do delito previsto no art. 6º da Lei n. 7.492/1986 – é o fato de ter sido descrita e imputada ao paciente a conduta de ter formalizado as operações financeiras por meio da lavratura dos instrumentos contratuais de *Instrumento Particular de Negociação de Contratos Futuros de Taxa de Câmbio de Reais por Dólar Comercial, Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda de Contratos Futuros de Taxas de Depósito Interbancário de Um Dia e Instrumento Particular de Compra e Venda a Termo* e de não ter registrado nenhum deles na Central de Custódia e de Liquidação de Títulos – Cetip, ou em outros sistemas de registro, de custódia e de liquidação.

Tal conduta amolda-se ao tipo penal de manter em erro o órgão responsável pela fiscalização da instituição, por meio da sonegação de informação a respeito de operação financeira, previsto no art. 6º da Lei n. 7.492/1986.

A razão de ser do crime em apreço decorre da necessidade de se proteger, nas palavras de Miguel Reale Junior, citado por José Paulo Baltazar Junior, *a confiabilidade de que se deve revestir a atuação das instituições financeiras* (op. cit., pág. 351).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se exige, para a consumação do delito em apreço, que ocorra efetivo prejuízo, uma vez que se trata de crime formal.

A propósito:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. **GARANTIA DA SOLVÊNCIA DA INSTITUIÇÃO E CREDIBILIDADE DOS AGENTES DO SISTEMA. CRIMES DOS ARTS. 4º, 6º E 10 DA LEI 7.492/86.** APLICAÇÃO DO ART. 70 DO CPP. LOCAL ONDE ARTICULADAS AS OPERAÇÕES FRAUDULENTAS NAS BOLSAS DE VALORES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL PAULISTA.

1. A Lei 7.492/86 busca a preservação das instituições públicas e privadas que compõem o sistema financeiro, de modo a viabilizar a transparência, a licitude, a boa-fé, a segurança e a veracidade, que devem reger as relações entre estas e aplicadores, poupadores, investidores, segurados e consorciados.

2. Os delitos dos arts. 4º, 6º e 10 da Lei 7.492/86 são formais, ou seja, não exigem resultados decorrentes das condutas, e consumam-se com a prática dos atos de gestão (art. 4º), no momento em que se presta a falsa informação ou a oculta (art. 6º) e quando é formalizado o demonstrativo contábil falso (art. 10).

3. Os eventuais crimes previstos nos arts. 4º, 6º e 10 da Lei 7.492/86 consumam-se onde articuladas as possíveis operações fraudulentas praticadas nas Bolsas de Valores, independentemente do local onde as transações são realizadas, consoante o art. 70 do CPP.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 6ª Vara Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Valores da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, o suscitante.

(CC n. 91.162/SP, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 2/9/2009 - grifo nosso)

No tocante à alegação da ocorrência de *bis in idem*, ao fundamento de que as condutas imputadas ao paciente são objeto da denúncia que, em outra ação penal, imputou-lhe a prática de crime contra a ordem tributária, também inexistente constrangimento ilegal apto a justificar a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício.

Na ação penal instaurada para apurar a ocorrência do crime previsto no art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990, na forma do art. 71 do Código Penal, o Ministério Público imputou ao paciente e a outros dois corréus as seguintes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condutas (fls. 124/127):

[...]

Na condição de sócios e administradores da empresa Negocial S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, os denunciados, previamente ajustados e, comunhão de desígnios, reduziram tributos e contribuições sociais, prestando declarações falsas às autoridades fazendárias e inserindo elementos inexatos em documentos exigidos pela lei fiscal.

Segundo apurado, os denunciados efetivaram simulação relativa, consistente na utilização de contratos de liquidação futura, realizados com várias empresas não financeiras, todas no mercado de balcão, com o evidente propósito de ocultar repasses de recursos financeiros e contabilizar prejuízos fictícios que anularam ganhos com outras operações (operações de day-trade referidas às fls. 45/46), para, assim, para (sic) criar despesas artificiais, reduzindo o lucro real dos anos-calendários de 1994-1995 em R\$ 165.722.796,47 (este no período de agosto de 1994 a dezembro de 1995, passou, a glosa de prejuízos com os contratos simulados, de R\$ 779.947,38 a R\$ 166.502.444,38, conforme tabela de fls. 152/153 do Apenso I), e, destarte, reduzir o pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, Imposto de Renda na Fonte e da Contribuição Social sobre o Lucro.

A aludida simulação consistia na realização de contratos particulares de liquidação futura (fls. 236/1126 - Apensos) com as denominações "Instrumento Particular de Negociação de Contratos Futuros de Depósito Interbancário de Um Dia", e "Instrumento Particular de Compra e Venda a Termo". Tais operações teriam sido realizadas ao longo dos respectivos meses; todavia inexistiam ativos ou passivos vinculados aos índices objetos dos contratos que fossem coincidentes em datas e valores.

Tais operações foram realizadas - no mercado de balcão, sem quaisquer registros na CETIP (Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos) ou na Bolsa de Mercadorias e Futuros, em desacordo, pois, com a Resolução n. 2.138/94 do BACEN - com pessoas jurídicas não-financeiras que não dispunham de capacidade financeira para honrar compromissos desta grandeza (relacionadas às fls. 43/44 do Apenso I), uma vez que se encontravam em situação irregular perante a Receita Federal, sendo que a maioria era inexistente de fato (sem endereço certo, inoperantes, desativadas, por exemplo), conforme fiscalização efetuada, constante de fls. 1147/1373 - Apensos.

A simulação de tais operações é evidenciada por inúmeros aspectos (conforme indicado pela Receita Federal às fls. 47/48 do Apenso I), dentre os quais se destacam a inexistência de reconhecimento como receita dos lucros auferidos pelas contrapartes, a similitude dos valores consignados nas notas promissórias dadas em garantia com os ressarcidos pela Negocial, tendo em vista que nestes contratos, em tese, não há como se prever os resultados futuros (e, caso estes tivessem sido previstos, a NEGOCIAL, evidentemente, não deveria os ter firmado), a ocorrência de perdas sucessivas, por parte da NEGOCIAL, empresa especializada no mercado financeiro, em favor de clientes sem qualquer tradição no mercado, tampouco qualificação técnica para atuação adequada no mesmo, o fato de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a NEGOCIAL perdia sempre, fosse na qualidade de vendedora ou compradora, a inexistência de efetivação de compra e venda, sendo todas liquidações financeiras efetivadas na forma de ressarcimento, e conforme depoimentos dos sócios das clientes (fls. 1819/1865), os resultados finais já eram conhecidos previamente, sendo tais documentos pós-datados.

Cabe ressaltar que as empresas contratantes, que supostamente se beneficiariam dos resultados dos contratos, sempre a elas favoráveis, não contabilizavam estes ganhos, sendo que o valor dos depósitos efetuados em suas contas correntes eram liberados para saques antes mesmo da compensação dos cheques, tendo destinos diversos (certamente com o auxílio de funcionário dos bancos, que agiram em conluio com os denunciados).

Em suma, tais operações enquadram-se como simulação relativa, onde o negócio aparente (simulado) está representado pelos contratos de liquidação futura realizados com as empresas referidas, gerando-se resultado positivo nas mesmas e um custo superior para a Negocial S/A DTVM, e o negócio oculto (dissimulado) realizado está representado pelo repasse de recursos financeiros a diversos beneficiados desconhecidos, tendo como consectário a contabilização de prejuízos que reduziram o lucro contábil da empresa e, por conseguinte, as bases de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro.

Cabe expor, ainda, que mesmo que tais operações não fossem simuladas, não poderiam ter sido contabilizadas como prejuízo, eis que não se revestiam dos requisitos necessidade, normalidade e usualidade, fls. 55/56 do Apenso I.

Em decorrência das aludidas operações, foram lavrados, em 29 de março de 1999, autos de infração, veiculando créditos nos valores de R\$ 262.778.972,78 (referente ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica), R\$ 199.795.527,79 (referente ao Imposto de Renda Retido na Fonte) e de R\$ 144.363.341,62 (referente à Contribuição Social sobre o Lucro), todos referentes aos períodos de 1994 e 1995, conforme consta à fl. 01 do Apenso I.

Certo é, portanto, que as empresas contratantes apenas se prestaram a acobertar os lucros auferidos pela empresa administrada pelos denunciados, decorrentes das operações de *day-trade*, sendo, em sua maioria, "empresas de fachada"; mesmo as em funcionamento se prestaram, dolosamente, à prática do crime em questão.

Destarte, com a utilização dos contratos de liquidação futura que sempre geraram prejuízos para a Negocial S/A DTVM, os denunciados lograram êxito em reduzir o pagamento do imposto de Renda Pessoa Jurídica, do Imposto de Renda na Fonte e da Contribuição Social sobre o Lucro, uma vez que o resultado positivo gerado nas empresas contratantes, na realidade, pertencia à Negocial S/A DTVM, devendo nesta ser acrescido.

A materialidade delitiva está sobejamente provada pelas declarações de renda (fls. 97/153 - Apensos) em cotejo com os demais documentos acostados aos autos, mormente com os contratos de liquidação futura firmados e com os recibos correlatos.

Sendo assim, restando amplamente comprovadas a autoria e a materialidade delitivas, este órgão denuncia FABIO PAZZANEDE FILHO,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RICARDO PRIOLLI DA CUNHA e JOSÉ LUIZ DA CUNHA PRIOLLI, como incurso nas penas previstas no artigo 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/90 c/c o art. 71 do Código Penal, e requer, após o recebimento desta, a citação para o interrogatório e defesa, prosseguindo-se nos demais atos, sendo ao final julgados e condenados.

[...]

Na referida ação penal (n. 2000.61.81.000406-0, da 4ª Vara Federal Criminal de São Paulo), o paciente restou condenado, como incurso no crime contra a ordem tributária, às penas de 3 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 28 dias-multa, substituída a privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 969/970).

Conforme se observa dos trechos transcritos, observa-se que, apesar de existir correlação entre as condutas imputadas ao paciente nas Ações Penais n. 2000.61.81.000406-0 (crime contra a ordem tributária) e 97.0103078-8 (crime contra o Sistema Financeiro Nacional), ambas da 4ª Vara Federal Criminal de São Paulo, em razão de referidas condutas terem por base as operações financeiras realizadas pela instituição de que o paciente figura como diretor, consubstanciadas em operações *day trade*, realizadas por meio de contratos de liquidação futura, no período de 1994 a 1995, não se vislumbra, na via estreita do writ e dos documentos constantes dos autos, a ocorrência de bis in idem.

Na ação penal em que se imputa o crime contra o Sistema Financeiro, observa-se que as condutas consistem, em geral, na sonegação de informações a respeito das operações realizadas pela instituição financeira ao órgão competente, a fim de manter em erro a entidade fiscalizadora, enquanto na ação penal em que se atribui a prática do crime contra a ordem tributária, existe toda uma narrativa que visa demonstrar a realização de operações destinadas a reduzir o pagamento de determinados tributos, donde se infere que, embora os fatos estejam correlacionados, não são imputadas condutas idênticas em ações penais distintas.

Não se pode olvidar, ademais, que da mesma situação fática pode decorrer a suposta prática de mais de um crime, idênticos ou não, sendo esta a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regra prevista no art. 70 do Código Penal, em relação ao concurso formal.

A propósito:

CRIMINAL. HC. CRIME FALIMENTAR. GESTÃO TEMERÁRIA. COINCIDÊNCIA FÁTICA. BIS IN IDEM. NÃO-OCORRÊNCIA. GESTÃO FRAUDULENTA. FATOS NÃO RELACIONADOS AOS DEMAIS DELITOS IMPUTADOS AO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

Hipótese em que, contra o paciente, foram instauradas duas ações penais, uma pela suposta prática de crime falimentar, tendo sido extinta a punibilidade do réu pela prescrição, e outra pelo eventual cometimento do delito de gestão temerária.

O exame das duas denúncias revela que ambas tratam, em princípio, dos mesmos fatos, quais sejam, a concessão de empréstimos de risco pelo Banco Atlantis S/A, do qual o paciente seria diretor, a empresas integrantes do grupo Óleos Pacaembu.

A extinção da punibilidade do paciente, pela prescrição, nos autos do processo instaurado com o intuito de apurar suposto cometimento de infração penal prevista na Lei de Falência, não impede a instauração de processo-crime pela eventual prática de gestão temerária.

De uma determinada situação fática pode resultar o cometimento, em tese, de mais de um crime, idênticos ou não, conforme prevê a regra do concurso formal.

A via estreita do *habeas corpus* não é adequada à discussão relativa ao dolo do paciente, seja no tocante ao crime falimentar ou à gestão temerária, pois caberá ao Magistrado de 1º grau avaliar tal questão, no momento oportuno, e com o apoio de todo o conjunto fático-probatório.

Ao paciente foi imputado, também, o suposto cometimento do crime de gestão fraudulenta, cujos fatos, relacionados à promoção de operações *day trade* a fim de reduzir a carga tributária, não se identificam com a situação ensejadora da acusação por gestão temerária.

Não se pode, portanto, obstar o prosseguimento da ação penal instaurada contra o paciente, até porque tal aspecto não foi infirmado pela impetração.

Ordem denegada.

(HC n. 61.870/RJ, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 29/6/2007 – grifo nosso)

No tocante à alegação de que o Tribunal de origem proferiu julgamento *ultra petita* ao condenar o paciente por crime não pleiteado nas razões do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, também inexistente flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

Da leitura integral do recurso interposto pelo *Parquet* federal, observa-se que, de fato, pleiteou-se a condenação do paciente pelo crime previsto no art. 4º da lei n. 7.492/1986 (fls. 699/703).

Ocorre que, no tópico III, relacionado ao "requerimento", o Ministério Público formulou, como pedido subsidiário, a condenação do paciente como incurso no art. 6º da Lei n. 7.492/1986 (atribuído, também, na inicial acusatória), razão por que não se divisa ter o Tribunal de origem condenado o paciente por crime não pleiteado pelo *Parquet*.

Confira-se (fl. 703):

[...]

III - Requerimento:

Diante do exposto, requer o Ministério Público Federal que seja conhecido e provido o presente recurso, a fim de que, aplicando-se o direito à espécie, seja reformada a r. sentença fustigada, condenando-se o réu pela prática do crime tipificado no art. 4º, *caput*, da Lei n. 7.492/86, ou, não se considerando caracterizado este delito, pela infração ao seu art. 6º.

[...]

Em relação à alegação da ocorrência da extinção da punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão punitiva, verifica-se que esta não ocorreu.

A pena de 3 anos e 9 meses de reclusão, aplicada ao paciente em razão da condenação pelo crime contra o Sistema Financeiro (art. 6º da Lei n. 7.492/1986), prescreve em 8 anos (art. 109, IV, do CP).

Conforme se observa dos autos, o recebimento da inicial acusatória ocorreu em 18/12/1997 (fl. 91). A partir de então, o próximo marco interruptivo previsto em lei seria a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorríveis (art. 117, IV, do CP), que ocorreu em 29/3/2005 (fl. 838), e não, como alegado na impetração, a publicação da decisão proferida por este Superior Tribunal, que reduziu a reprimenda imposta ao paciente para 3 anos e 6 meses de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se, portanto, que entre o recebimento da denúncia e a publicação do acórdão condenatório recorrível decorreu lapso aproximado de 7 anos e 5 meses, inferior ao previsto em lei para a extinção da punibilidade do paciente.

A partir da publicação do acórdão condenatório (29/3/2005), o próximo marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva seria o trânsito em julgado da condenação para a acusação, que ocorreu em 20/3/2007 (fl. 533), não tendo decorrido o lapso de 8 anos entre as datas citadas.

Também não ocorreu a prescrição da pretensão executória, pois entre a data do trânsito em julgado da condenação para a acusação (20/3/2007 - art. 112, I, do CP) e os dias atuais (junho de 2013), não decorreu lapso superior a 8 anos.

Em face do exposto, **não conheço** da impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0220979-5

HC 153205 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200103990256214 9701030788

EM MESA

JULGADO: 20/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDUARDO ANTONIO MIGUEL ELIAS E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : FABIO PAZZANESE FILHO

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

As Sras. Ministras Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.