



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.587.239 - RS (2016/0070823-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : LUIZ CARLOS SILVEIRA MARQUES
AGRAVANTE : ROGERIO BARBOSA SCHALLY
ADVOGADOS : ANDREI ZENKNER SCHMIDT - RS051319
DÉBORA POETA WEYH - RS062866
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. EVASÃO DE DIVISAS. OPERAÇÃO OURO VERDE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 619 DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. RESERVA DE ESPECIALIDADE. INEXISTÊNCIA. ESPELHAMENTO DE MÍDIA DE INFORMÁTICA. INEXIGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ACESSO AO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. CONDENAÇÃO FUNDADA EM FARTOS ELEMENTOS DE PROVA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TESE SUPERADA PELA SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MATERIALIDADE. REEXAME DE PROVA. CIRCULAR DO BACEN. NÃO INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INAPLICABILIDADE. AGRAVANTE NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. CABIMENTO. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

I. Não há falar em violação do artigo 619 do Código de Processo Penal se o Tribunal a *quo* decidiu as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, tanto que todas as matérias suscitadas pela parte no recurso especial foram tidas por prequestionadas e apreciadas no âmbito desta Corte de Justiça.

II. Em tema de acordo de cooperação internacional a regra é a ampla utilização da prova, sendo que qualquer restrição deve ser expressamente formulada pelo Estado requerido, hipótese inócua mormente porque a Autoridade Central dos Estados Unidos da América autorizou a utilização das provas em todas as investigações que guardem relação com a Operação Cabo Verde, posteriormente nominada de Ouro Verde.

III. O espelhamento das mídias de informática são providências de perpetuação da prova destinadas a atestar, com a maior confiabilidade possível, a idoneidade da prova, mas não há determinação legal de que não sejam acessadas diretamente, não havendo falar em nulidade se não há demonstração pela parte da existência de adulteração da prova ou de efetivo prejuízo ao exercício da defesa.

IV. Não há falar em nulidade qualquer decorrente do indeferimento do acesso à integralidade dos termos de colaboração premiada de terceiros, mormente se franqueado o acesso àquilo que seria pertinente ao exercício do direito de defesa.

V. Eventual afastamento de prova reputada como ilegal não teria o condão, por si só, de ilidir a condenação que está embasada em fartos elementos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

probatórios coligidos aos autos, notadamente as escutas telefônicas, as quebras de sigilo bancário e telemático, os depoimentos de colaboradores e a agenda eletrônica apreendida, em que eram mantidos os registros detalhados dos correntistas da instituição financeira não-autorizada.

VI. Esta Corte Superior entende que resta superada a alegação de inépcia da inicial acusatória com a superveniência da sentença penal condenatória uma vez que não há sentido em analisar a higidez formal da *persecutio* se já há, em realidade, acolhimento formal e material da acusação, tanto que motivou o édito de condenação.

VII. Decidido pelas instâncias ordinárias que restou efetivamente comprovada a prática da conduta denominada 'dolar-cabo', tem-se que maiores considerações acerca da efetiva disponibilidade do numerário no exterior implicariam na rediscussão da suficiência probatória para a condenação, vedada em sede de recurso especial.

VIII. No caso de transferência eletrônica, saída meramente escritural da moeda, a lei exige, de forma exclusiva, o processamento através do sistema bancário, com perfeita identificação do cliente ou beneficiário (Lei nº 9.069/1995, art. 65, caput), inexistindo limite mínimo de U\$ 100,00,00 para a tipificação do delito de evasão de divisas praticado via dólar-cabo, sendo irrelevante, para tanto, o limite estabelecido pela Circular nº 3278/2005 do BACEN.

IX. Não há falar em *bis in idem* qualquer na consideração do *quantum* evadido, vale dizer, a quantidade de moeda, para exasperar a pena na primeira etapa da dosimetria e na consideração da repetição de condutas, ou seja, a quantidade de delitos, para fixar o aumento pela continuidade delitiva na terceira etapa do processo dosimétrico, mormente se se considerar que a quantidade de delitos praticados (122 remessas) mais que justificam a adoção da fração mais gravosa na terceira etapa da dosimetria.

X. A pena-base deve ser fixada fundamentadamente, com base em elementos idôneos, observando-se os princípios da culpabilidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, e da suficiência à reprovação e prevenção ao crime, não se adotando critério matemático ou aritmético.

XI. Este Superior Tribunal de Justiça possui sua jurisprudência no sentido de que não ofende o princípio da correlação a condenação por circunstâncias agravantes ou atenuantes não descritas na denúncia, nos termos dos arts. 385 e 387, I e II, ambos do Código de Processo Penal.

XII. É incabível o exame de questão não suscitada no recurso especial, caracterizando inovação em sede de agravo regimental, mormente se não há circunstância no caso em exame que demonstre a existência de manifesto constrangimento ilegal, a autorizar a excepcional concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício.

XIII. É acentuada a culpabilidade do réu que tinha uma mesa de operações e era conhecido como 'doleiro' no mercado, que atuava em conjunto com outros 'doleiros', também condenados na Operação, e que agia nos mesmos moldes que a Tour Export, empresa da qual era parceira de negócios.

XIV. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 14 de agosto de 2018(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.587.239 - RS (2016/0070823-4)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
AGRAVANTE : LUIZ CARLOS SILVEIRA MARQUES
AGRAVANTE : ROGERIO BARBOSA SCHALLY
ADVOGADOS : ANDREI ZENKNER SCHMIDT - RS051319
DÉBORA POETA WEYH - RS062866
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por Luiz Carlos Silveira Marques e Rogério Barbosa Schally contra decisão de minha lavra que deu parcial provimento ao recurso dos agravantes, apenas para reduzir a pena de multa, assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. EVASÃO DE DIVISAS. OPERAÇÃO OURO VERDE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. ACORDO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. RESERVA DE ESPECIALIDADE. INEXISTÊNCIA. ACESSO DIRETO AO DISCO RÍGIDO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PROVA DA MATERIALIDADE. INÉPCIA. TESE SUPERADA PELA SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. OITIVA DE COLABORADOR. REGULARIDADE. DOLAR-CABO. TIPICIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. ELEVADO NÚMERO DE INFRAÇÕES. TERMO MÉDIO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INVIABILIDADE. RECONHECIMENTO DE AGRAVANTE NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. PENA DE MULTA. VIOLAÇÃO DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Insistem os agravantes na alegação de que as teses imprescindíveis ao deslinde do litígio, conducentes à nulidade do processo, ou à absolvição ou à redução da pena, não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem, o que importou em negativa de vigência ao artigo 619 do Código de Processo Penal.

Reiteram, outrossim, a alegada violação da reserva de especialidade na cooperação jurídica internacional, aduzindo que há restrição quanto à utilização e compartilhamento da prova requerida pelos Estados Unidos.

Persistem na alegada nulidade decorrente de violação da cadeia de custódia do disco rígido sob custódia da autoridade policial e que foi considerado para o juízo condenatório, aduzindo que a ilegalidade aqui apontada não se confunde com aquela outra decidida nos autos do HC 213.448, mas reside no fato de que a autoridade, ao se deparar com duas bases de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dados, apagou eletronicamente uma das bases sem registro técnico algum ou autorização judicial, em prejuízo evidente à defesa.

Perseveram na alegação de inépcia da denúncia que não individualizou a participação dos recorrentes nos fatos imputados, em defeito que não pode ser sanado pela superveniência da sentença.

Continuam alegando que o Tribunal de origem negou acesso ao termo de acordo de colaboração premiada celebrado por Fabiano Goens e Adriana Regina Schunk de Souza e que o pedido formulado ao Tribunal a quo era absolutamente viável tanto sob a ótica processual (art. 616 do CPP) como material (art. 7, § 3º da Lei nº 12.850/13 em combinação com o art. 2º, parágrafo único, do CP), sendo que o seu resultou na contrariedade aos dispositivos em questão.

Seguem na alegação de que o delito de evasão de divisas, tipificado no artigo 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei n. 7.492/86 só se configura mediante a comprovação da efetiva disponibilidade do numerário no exterior, fato inocorrente nos presentes autos, em que não há prova da remessa física ou meramente contábil, nem demonstração a evidenciar que os recursos oriundos das supostas operações 'dólar-cabo' foram disponibilizados no exterior.

Reiteram, mais, a atipicidade da remessa ao exterior de valores inferiores a cem mil dólares, inferiores ao limite estabelecido pela Circular nº 3278/2005 do BACEN.

Aduzem, mais uma vez, que os únicos elementos de prova a embasarem o decreto condenatório foram os depoimentos dos colaboradores premiados que em nenhum momento foi cotejada com outros elementos colhidos nos autos.

Reiteram o alegado *bis in idem* decorrente de dupla consideração do número de operações (remessas ao exterior) para aumentar a pena-base e para aplicar o aumento pela continuidade delitiva em nível máximo.

Afirmam, ainda, que a exasperação da pena-base foi desproporcional ao deixar de aplicar o critério do termo-médio, de modo que cada vetorial não fosse valorada em mais do que 3 meses, tal como no Resp nº 1.611.931, da minha relatoria.

Asseveram, mais, nulidade decorrente de manutenção da agravante relativa ao artigo 62, I, do Código Penal, que não foi suscitada nem descrita na denúncia, sequer implicitamente, e sem que o Tribunal de origem tenha apontado elementos que indiquem que o recorrente teria 'promovido, organizado ou dirigido a atividade dos demais agentes'.

Pretende, outrossim, a revisão da dosimetria com fundamento no artigo 654, § 2º do Código de Processo Penal, que autoriza o Tribunal a expedir de ofício ordem de habeas corpus, aduzindo que há constrangimento ilegal na valoração negativa do vetor culpabilidade, como reconhecido nos casos também oriundos da Operação Ouro Verde, em que se decotou a aplicação das referidas vetorais em face da ilegalidade na fundamentação conferida pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de origem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.587.239 - RS (2016/0070823-4)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. EVASÃO DE DIVISAS. OPERAÇÃO OURO VERDE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 619 DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. RESERVA DE ESPECIALIDADE. INEXISTÊNCIA. ESPELHAMENTO DE MÍDIA DE INFORMÁTICA. INEXIGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ACESSO AO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. CONDENAÇÃO FUNDADA EM FARTOS ELEMENTOS DE PROVA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TESE SUPERADA PELA SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MATERIALIDADE. REEXAME DE PROVA. CIRCULAR DO BACEN. NÃO INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INAPLICABILIDADE. AGRAVANTE NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. CABIMENTO. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

I. Não há falar em violação do artigo 619 do Código de Processo Penal se o Tribunal a *quo* decidiu as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, tanto que todas as matérias suscitadas pela parte no recurso especial foram tidas por prequestionadas e apreciadas no âmbito desta Corte de Justiça.

II. Em tema de acordo de cooperação internacional a regra é a ampla utilização da prova, sendo que qualquer restrição deve ser expressamente formulada pelo Estado requerido, hipótese inócua mormente porque a Autoridade Central dos Estados Unidos da América autorizou a utilização das provas em todas as investigações que guardem relação com a Operação Cabo Verde, posteriormente nominada de Ouro Verde.

III. O espelhamento das mídias de informática são providências de perpetuação da prova destinadas a atestar, com a maior confiabilidade possível, a idoneidade da prova, mas não há determinação legal de que não sejam acessadas diretamente, não havendo falar em nulidade se não há demonstração pela parte da existência de adulteração da prova ou de efetivo prejuízo ao exercício da defesa.

IV. Não há falar em nulidade qualquer decorrente do indeferimento do acesso à integralidade dos termos de colaboração premiada de terceiros, mormente se franqueado o acesso àquilo que seria pertinente ao exercício do direito de defesa.

V. Eventual afastamento de prova reputada como ilegal não teria o condão, por si só, de ilidir a condenação que está embasada em fatos elementos probatórios coligidos aos autos, notadamente as escutas telefônicas, as quebras de sigilo bancário e telemático, os depoimentos de colaboradores e a agenda eletrônica apreendida, em que eram mantidos os registros detalhados dos correntistas da instituição financeira não-autorizada.

VI. Esta Corte Superior entende que resta superada a alegação de inépcia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da inicial acusatória com a superveniência da sentença penal condenatória uma vez que não há sentido em analisar a higidez formal da *persecutio* se já há, em realidade, acolhimento formal e material da acusação, tanto que motivou o édito de condenação.

VII. Decidido pelas instâncias ordinárias que restou efetivamente comprovada a prática da conduta denominada 'dolar-cabo', tem-se que maiores considerações acerca da efetiva disponibilidade do numerário no exterior implicariam na rediscussão da suficiência probatória para a condenação, vedada em sede de recurso especial.

VIII. No caso de transferência eletrônica, saída meramente escritural da moeda, a lei exige, de forma exclusiva, o processamento através do sistema bancário, com perfeita identificação do cliente ou beneficiário (Lei nº 9.069/1995, art. 65, caput), inexistindo limite mínimo de U\$ 100,00,00 para a tipificação do delito de evasão de divisas praticado via dólar-cabo, sendo irrelevante, para tanto, o limite estabelecido pela Circular nº 3278/2005 do BACEN.

IX. Não há falar em *bis in idem* qualquer na consideração do *quantum* evadido, vale dizer, a quantidade de moeda, para exasperar a pena na primeira etapa da dosimetria e na consideração da repetição de condutas, ou seja, a quantidade de delitos, para fixar o aumento pela continuidade delitiva na terceira etapa do processo dosimétrico, mormente se se considerar que a quantidade de delitos praticados (122 remessas) mais que justificam a adoção da fração mais gravosa na terceira etapa da dosimetria.

X. A pena-base deve ser fixada fundamentadamente, com base em elementos idôneos, observando-se os princípios da culpabilidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, e da suficiência à reprovação e prevenção ao crime, não se adotando critério matemático ou aritmético.

XI. Este Superior Tribunal de Justiça possui sua jurisprudência no sentido de que não ofende o princípio da correlação a condenação por circunstâncias agravantes ou atenuantes não descritas na denúncia, nos termos dos arts. 385 e 387, I e II, ambos do Código de Processo Penal.

XII. É incabível o exame de questão não suscitada no recurso especial, caracterizando inovação em sede de agravo regimental, mormente se não há circunstância no caso em exame que demonstre a existência de manifesto constrangimento ilegal, a autorizar a excepcional concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício.

XIII. É acentuada a culpabilidade do réu que tinha uma mesa de operações e era conhecido como 'doleiro' no mercado, que atuava em conjunto com outros 'doleiros', também condenados na Operação, e que agia nos mesmos moldes que a Tour Export, empresa da qual era parceira de negócios.

XIV. Agravo regimental improvido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De início, quanto à alegada violação do artigo 619 do Código de Processo Penal, conforme já ressaltado na decisão agravada, o Tribunal a *quo* decidiu todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, tanto que todas as matérias suscitadas pela parte no recurso especial foram tidas por prequestionadas e apreciadas no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça.

Assim, inexistente omissão, contradição, obscuridade, ambiguidade, ou nulidade qualquer em virtude de ausência de fundamentação ou de negativa de prestação jurisdicional.

Ressalte-se que o juiz não está obrigado a rebater, pormenorizadamente, todas as questões trazidas pela parte, citando os dispositivos legais que esta entende pertinentes para a resolução da controvérsia.

A negativa de prestação jurisprudencial se configura apenas quando o Tribunal deixa de se manifestar sobre ponto suscitado e que seria indubitavelmente necessário ao deslinde do litígio e não quando decide em sentido contrário ao interesse da parte.

Ademais, consoante entendimento firmado no âmbito desta Corte de Justiça, os declatórios opostos com objetivo de prequestionamento de matéria para fins de interposição de recursos para os Tribunais Superiores não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição, obscuridade ou obscuridade no julgado embargado.

Nesse sentido:

PENAL - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO - ARTS. 619 E 620 DO CPP - OMISSÃO - INEXISTÊNCIA - ART. 1º DO CP - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211 DO STJ - RECURSO FUNDAMENTADO PELA ALÍNEA C - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA - AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1 - O reconhecimento de violação dos arts. 619 e 620 do Código de Processo Penal pressupõe a ocorrência de omissão, ambiguidade, contradição ou obscuridade tais que tragam prejuízo à defesa.

2 - A assertiva, no entanto, não pode ser confundida com o mero inconformismo da parte com a conclusão alcançada pelo julgador, que, a despeito das teses aventadas, lança mão de fundamentação idônea e suficiente para a formação do seu livre convencimento.

(...)

(AgRg no REsp 1393430/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 02/05/2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DA MATÉRIA. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Não há falar em omissão do acórdão embargado na hipótese em que a matéria foi decidida com a devida e clara fundamentação, sufragando-se,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que não se pode entender como insignificante a lesão jurídica provocada pelo furto de aparelho celular, avaliado em R\$ 200,00, valor que representava, à época dos fatos, 36,69% do salário-mínimo vigente, de R\$ 545,00.

2. Os embargos de declaração servem ao saneamento do julgado eivado de um dos vícios previstos no art. 619 do Código de Processo Penal - ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão -, e não à revisão de decisão de mérito, com a qual não se conforma o embargante.

3. A obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, prevista no texto constitucional, não impõe, ao Magistrado, o dever de responder a todos os questionamentos das partes, tampouco utilizar-se dos fundamentos que entendam ser os mais adequados à solução da causa, bastando a fundamentação suficiente ao deslinde da questão, o que ocorreu na espécie.

4. Não cabe a esta Corte manifestar-se, ainda que para fins de prequestionamento, sobre suposta afronta a dispositivos da Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no REsp 1406039/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 12/02/2015)

Quanto à alegada violação de reserva de especialidade no acordo de cooperação jurídica internacional, colhe-se no acórdão do Tribunal *a quo* o seguinte:

2 . Preliminar. Nulidade da cooperação Jurídica Internacional. A prova impugnada pela defesa foi obtida com base no Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14/10/1997, em execução no Brasil por força do Decreto 3.810/01, conforme procedimento de requisição e aquisição consubstanciado nos autos do processo nº 2007.71.00.004304-6 (apenso ao processo nº 2007.71.00.001796-5).

As restrições ao uso das informações ou provas no âmbito desse acordo internacional são tratadas no artigo VII, cujo item 1 dispõe:

Artigo VII

Restrições ao Uso

1. A Autoridade Central do Estado Requerido pode solicitar que o Estado Requerente deixe de usar qualquer informação ou prova obtida por força deste Acordo em investigação, inquérito, ação penal ou procedimentos outros que não aqueles descritos na solicitação, sem o prévio consentimento da Autoridade Central do Estado Requerido. Nesses casos, o Estado Requerente deverá respeitar as condições estabelecidas.

Note-se que, ao contrário de outros tratados sobre assistência judiciária internacional, esse prevê que as restrições ao uso da prova sejam solicitadas pelo Estado Requerido. Ou seja, a regra é a ampla autorização para utilização da prova sendo, assim, irrelevante se o pedido que originou a cooperação jurídica internacional não está vinculado aos fatos da atual apuração criminal. As restrições ao uso dos elementos de convicção é que devem ser expressamente formuladas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De qualquer sorte, não obstante a desnecessidade de permissão expressa no que toca ao compartilhamento da prova, tenho que a Autoridade Central dos Estados Unidos da América autorizou a utilização de todas as provas obtidas por meio da cooperação jurídica internacional com aquele país em todas as investigações que guardem relação com a Operação Cabo Verde, posteriormente nominada de Ouro Verde. Transcrevo, por elucidativo, trecho de decisão por mim proferida, em sede de habeas corpus, cujo tema é exatamente o mesmo ora discutido, embora sob perspectiva diversa:

(...)

Nesse contexto, a alegação da defesa no sentido de que as provas são ilícitas, pois originariamente obtidas para enfrentamento de caso concreto diverso, não se sustenta. O tratado internacional estabelecido entre os Estados envolvidos permite ampla utilização do material probatório compartilhado sendo, por conseguinte, irrelevante o conteúdo do pedido que originou sua obtenção.

Afasto a preliminar.

Ao que se tem, a regra é a ampla utilização da prova, sendo que qualquer restrição deve ser expressamente formulada pelo Estado requerido, hipótese inócua no presente caso, mormente porque a Autoridade Central dos Estados Unidos da América autorizou a utilização de todas as provas obtidas por meio da cooperação jurídica internacional em todas as investigações que guardem relação com a Operação Cabo Verde, posteriormente nominada de Ouro Verde, da qual se origina o presente feito, não havendo falar em nulidade qualquer, nem prejuízo já que todos os documentos amealhados sempre estiveram à disposição do acusado.

Quanto à alegada nulidade decorrente de violação da cadeia de custódia do disco rígido, esta Corte de Justiça, por ocasião do julgamento do HC nº 213.448/RS, fazendo distinção entre prova ilícita e ilegítima, afastou a ilicitude da prova em comento, em acórdão da minha relatoria que restou assim ementado:

PROCESSUAL PENAL. PROVA. ILÍCITA E ILEGÍTIMA. DISTINÇÃO. ILEGITIMIDADE DA PROVA NA ESPÉCIE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. DESNECESSIDADE. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1 - A complementação de diligência, feita pela Polícia Federal, após a fase do art. 402 do Código de Processo Penal, mediante autorização do juízo processante, não é causa de ilicitude da prova, pois produzida sob o crivo do contraditório e cuja gênese em momento algum foi questionada pela defesa. Nulidade inexistente que elide a necessidade de sua retirada dos autos, pois ainda poderá ou não ser objeto de apreciação pelo juiz, quando formar sua convicção para proferir sentença.

2 - Distinção doutrinária entre ilicitude e ilegitimidade de prova.

3 - Inexistência de flagrante ilegalidade, na espécie, apta a fazer releva a impropriedade da via, apresentada como substitutiva de recurso ordinário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4 - Habeas corpus não conhecido.

(HC 213.448/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 13/09/2013)

E, no presente caso, o Tribunal Regional decidiu o seguinte acerca do tema:

3. Perícia de informática. Suposta nulidade e seu questionamento perante o STJ. A questão envolvendo a ilicitude da prova relativa às planilhas contábeis oriundas da apreensão de notebook de propriedade de um dos participantes da organização criminosa investigada na operação Ouro Verde foi assim examinada pelo magistrado sentenciante nos autos da ação intentada contra seus administradores:

(...)

O acesso direto ao conteúdo de uma mídia computacional não é a melhor forma de realizar tal acesso. Como esclarecido pela perícia no Laudo 1728/09 (Anexo 63, v. 7, fl. 1238):

Apesar de ser possível o acesso direto à mídia apreendida, isto poderia levar à alteração de seu estado original, com a criação de alguns arquivos e/ou modificação de outros. Desta forma, é recomendável utilizar uma cópia idêntica da mídia, feita através de seu espelhamento.

O espelhamento nada mais é que a extração de uma cópia fiel da mídia.

Além disso, a perícia policial federal adota o procedimento de verificação da integridade da mídia por meio do Algoritmo SHA-512 (Secure Hash Algorithm - 512 bits), descrito nos laudos periciais que analisam e extraem arquivos das mesmas.

O algoritmo SHA-512, denominado hash (ou resumo), consiste em uma linha de 512 caracteres, calculados a partir da informação de entrada - mídia ou arquivos. Tem a propriedade de ser alterado em caso de qualquer alteração do arquivo ao qual é correspondente.

Ou seja, é possível verificar se a mídia ou arquivo foi alterado entre o espelhamento e a nova análise - ou, mais propriamente, entre a última alteração anterior ao espelhamento e a nova análise.

Por fim, a perícia costuma apresentar arquivos de interesse da investigação/ação penal em mídia - CD/DVD - que acompanha o laudo pericial respectivo.

O disco rígido marca FUJITSU, modelo MHV2040AH, nº de série NT26T572GRAN, estava instalado em um notebook, marca DELL, modelo PP10S, apreendido residência do réu ALFREDO TIMM DE SOUZA (auto de apreensão Anexo 16, fl. 1, item 2).

Os elementos até o momento coligidos permitem concluir que o disco rígido em questão foi acessado diretamente, antes da realização de espelhamento.

A apreensão ocorreu em questão 30/3/07.

O equipamento em questão esteve sob a guarda da autoridade policial, tendo sido encaminhado ao Setor de Perícias apenas em 16/4/04, conforme Anexo 63, v. 1, fl. 5, sexta linha da tabela.

Em 4/4/07, há depoimento prestado pelos réus ADRIANA REGINA SCHUNCK DE SOUZA e ALFREDO TIMM, descrevendo a operação do banco de dados constante da memória do computador (Apenso 07/133916, Anexo 1, fls. 1 e ss.).

A primeira perícia realizada com base no equipamento em questão é o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Laudo 823/07, Anexo 63, v. 1, fls. 208-12, datado de 19/4/07.

Ou seja, no período entre a apreensão e o espelhamento, a mídia foi diretamente acessada.

A Informação Técnica 230/2010 (fls. 5136-7) esclarece que, por ocasião da elaboração da primeira perícia (Laudo 823/07), foi extraído o código hash da própria mídia. Tal código constou do DVD que acompanhou o laudo pericial. Posteriormente, foram elaboradas novas análises periciais da mesma mídia (Laudos 1728/09, 3028/10 e 54/10). Entretanto, o código hash calculado mudou.

Ou seja, houve alteração de arquivos na mídia apreendida. Essa alteração ocorreu após a apreensão, enquanto a mídia estava na guarda policial, pericial e judicial. Não há indicativo de qualquer concurso das defesas para tanto.

Além disso, o Laudo 823/07 não incorporou os arquivos que guardariam o banco de dados da instituição financeira não-autorizada. Esses arquivos, conforme descreve o Laudo 38/2010 (Anexo 63, v. 7, fls. 1172-89), são os seguintes: aplic.gdb, joao.gdb, tsc.gdb. Além desses, os arquivos aplic.exe, P1.exe, P2.exe e tsc.exe constituir-se-iam nos programas que possibilitariam o acesso e edição das referidas bases de dados.

Os arquivos tsc.gdb e joao.gdb foram incorporados aos autos pelo Laudo 1197/07, de 31/5/07 (Anexo 63, v. 7, fls. 1247-1255), ambos com data de alteração 30/3/07, 11h08, ou seja, a data de alteração é posterior à apreensão.

Os arquivos aplic.gdb, aplic.exe, P1.exe, P2.exe e tsc.exe, os quais também embasam a acusação, salvo engano, não foram incorporados até o presente momento.

Todo esse contexto deixa claro que houve falhas na preservação do material apreendido. Aparentemente, os próprios arquivos que contêm os bancos de dados foram alterados, visto que são datados das 11h08 do dia apreensão, a qual teria ocorrido ao raiar do dia.

Entretanto, essas falhas não são suficientes para determinar a exclusão da prova - a própria mídia apreendida e os laudos com base nela elaborados.

As falhas apontadas não levam à ilicitude da prova, muito embora talvez ameacem sua idoneidade.

É possível que não tenha havido alterações substanciais dos dados que embasam a acusação. Isso deverá ser verificado mediante outros elementos que se agreguem aos dados brutos.

O espelhamento e o cálculo do algoritmo SHA-512 são providências de perpetuação da prova, destinadas a atestar, com a maior confiabilidade possível, a idoneidade da prova. Não há determinação legal de que as mídias de informática não sejam acessadas diretamente. Ou seja, não houve violação a qualquer normal cogente.

Além disso, a apreensão foi acompanhada da prisão dos investigados, estando a autoridade policial premida pelo tempo curto para realizar as inquirições e compreender a dinâmica das informações apreendidas. **Não há elementos suficientes para afirmar a montagem de dados. Tampouco o acesso posterior ao primeiro espelhamento pode ser presumido deliberado ou prejudicial.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à incorporação dos arquivos, as partes tiveram acesso ao espelhamento da mídia apreendida, pelo que têm contato com os arquivos faltantes. Muito embora sua incorporação na fase atual fosse fácil, não vislumbro necessidade de determinar de ofício tal medida.

As ponderações das partes quanto à idoneidade da prova serão consideradas na avaliação da prova.

No entanto, não foi considerado que o caso era de exclusão da prova, mas de sua análise, em conjunto com outros elementos, para confirmação ou não de seu poder probante.

E os elementos coligidos demonstram que a mídia continha a contabilidade da instituição financeira, sendo confiáveis as informações nela armazenadas.

A partir das informações constantes da memória do computador, foram elaborados os Laudos SETEC/SR/RS 1.082/07 (que concluiu pela existência, na memória deste, de contabilidade da instituição financeira, fls. 97-109 do Anexo 63 -1, AP 2007.71.00.001796-5) e 1.197/07 (que individualizou as movimentações de cada conta por "código do cliente", fls. 22-30 dos autos 2007.71.00.013391-6). O detalhamento das operações atribuídas aos clientes foi sintetizado nas planilhas anexas ao Laudo 1.197/07 (em mídia, fl. 31 dos autos 2007.71.00.013391-6).

Alfredo Timm foi responsável pelo aperfeiçoamento e manutenção do sistema eletrônico de controle das operações da instituição financeira. O banco de dados que correspondia à contabilidade da instituição financeira era inicialmente mantido em uma mídia móvel - um drive externo com alta capacidade de armazenamento. Posteriormente, foi transferido para um servidor localizado no Uruguai, sendo acessado pelos computadores da Tour Export pela rede mundial de computadores.

Para bem prestar seus serviços de suporte em informática, Alfredo mantinha, em seu computador pessoal, cópia do banco de dados que correspondia à contabilidade da instituição. Com base nessa cópia, poderia editar, visualizar como os operadores da Tour Export acessavam o banco de dados, e promover eventuais alterações no programa de acesso que fossem solicitadas.

Parece claro que o objetivo da cópia não era a edição do próprio banco de dados, mas permitir a manutenção do programa de acesso. Ou seja, não se tratava de dados inventados ou alterados para testes, mas de dados copiados do banco de dados original, sendo editado o programa de acesso.

Para que fique marcada a diferença entre o programa de acesso e o banco de dados, pode-se traçar paralelo com programas e arquivos conhecidos de computador. Um editor de texto - o Microsoft Word, por exemplo - permite a criação, leitura e modificação de arquivos de texto - no caso do Microsoft Word, em formato .doc ou .docx.

No caso, os programas de acesso correspondiam aos arquivos executáveis aplic.exe, P1.exe, P2.exe e tsc.exe e os bancos de dados aos arquivos aplic.gdb, joao.gdb, tsc.gdb.

Como o objetivo da cópia era permitir a edição do programa de acesso, não do banco de dados, o fato de ser uma simples cópia não afasta a confiabilidade das informações recolhidas.

A cópia disponível no computador de Alfredo, entretanto, era antiga, e abrangia apenas o período que ia até meados de 2006, muito embora a apreensão tenha ocorrido somente em 2007.

A defasagem tampouco afasta a confiabilidade das informações, visto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, conforme esclarecido pelo próprio Alfredo, ao final de cada dia, o programa tornava definitivas as operações lançadas, não sendo possível excluí-las. Eventuais incorreções eram compensadas por lançamentos opostos - estornos - assim como uma contabilidade de banco.

(...)

Ressalto que a data de última modificação dos arquivos virtuais da instituição financeira clandestina, consoante informou o Laudo 1197/07, foi 30/03/07, 11h08. Considerando que o início da ação da autoridade policial se deu no raiar do dia, houve acesso direto à mídia antes da realização do espelhamento técnico.

Partilho do entendimento de que o exíguo tempo para modificações substanciais na prova coligida dão indícios, de per si, que nenhuma alteração substancial foi realizada pela autoridade. Ademais, estamos tratando de agentes públicos cuja conduta, salvo prova em contrário, é presumivelmente escorreita e congruente com os ditames da lei.

Em diversos casos análogos envolvendo a operação Ouro Verde tenho afirmado que o simples acesso de um arquivo computacional implica alteração de sua "data de modificação", ainda que inexistam uma modificação concreta no conteúdo da mídia. Ao que tudo indica, tratou-se de simples acesso direto ao conteúdo do notebook sem qualquer violação dos dados nele constantes. Na hipótese dos autos, a defesa produziu prova que corrobora tal argumento ao chamar Alfredo Timm de Souza a depor:

(...)

Saliente-se, outrossim, que as investigações da operação "Ouro Verde" não gravitam unicamente em torno das planilhas em comento. Há escutas telefônicas, inúmeros depoimentos, quebras de sigilo bancário, quebra de sigilo telemático e, inclusive, confissão de alguns agentes envolvidos na trama delitiva. As planilhas profligadas são corroboradas pelas demais provas no que tange à sua fidedignidade com o conteúdo que originariamente apresentavam. A própria "agenda eletrônica" de Fabiano Goens, um dos operadores da Tour Export Ltda., traz dados relativos às contas existentes na instituição clandestina.

Também é relevante ponderar que os dados contidos nas planilhas P1, P2 e TSC eram consolidados ao término de cada dia sendo, por conseguinte, inviável sua exclusão superveniente. As cópias obtidas pela polícia federal no computador pessoal de Alfredo Timm, quando devidamente corroboradas por outros elementos, constituem elemento de prova absolutamente idôneo para fundar decreto condenatório.

Outro aspecto impugnado nos presentes autos diz respeito a uma suposta ilicitude derivada da 'sobreposição de arquivos' no bojo do notebook apreendido em poder de Alfredo Timm. Consoante esclareceu tal testemunha, além do back up que existia no HD de seu microcomputador, a polícia teve acesso a cópias mais atuais do sistema da Tour Export e que constavam em CD's apreendidos em sua casa. A providência adotada pela autoridade foi a simples cópia desse conteúdo para o bojo do HD do notebook, de modo que o maior número de dados possível fosse obtido. Segundo o próprio Alfredo, a cópia em questão continha os mesmos dados existentes no HD, mas também os dados relativos às operações ilícitas realizadas posteriormente.

Do mesmo modo, o 'espelhamento' dos dados contidos na mídia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

computacional deriva de diligência ordinariamente realizada pela polícia federal justamente no interesse do réu, mas não configura obrigação legal. Não há ilegalidade a ser pronunciada, mas apenas a necessidade de que tal prova seja corroborada mediante outros elementos indiciários e/ou probatórios.

Nestes termos, rechaço a prefacial.

Colhe-se, pois, no *decisum*, que o acesso direto ao disco rígido pela Polícia não resultou em qualquer alteração de tudo o que já havia sido verificado e decidido acerca do assunto de modo que, ainda que tenha havido falhas na preservação do material apreendido, tais falhas não são suficientes para determinar a exclusão da prova porque não conduzem à sua ilicitude, ressaltando, acertadamente, que o espelhamento e o cálculo do algoritmo SHA-512 são providências de perpetuação da prova, destinadas a atestar, com a maior confiabilidade possível, a idoneidade da prova, mas não há determinação legal de que as mídias de informática não sejam acessadas diretamente.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado em hipótese análoga:

RECURSOS ESPECIAIS. PENAL E PROCESSO PENAL. EVASÃO DE DIVISAS. DOSIMETRIA. PENAL-BASE. ELEVADO MONTANTE EVADIDO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. LEI 12.850/13. NORMA SUPERVENIENTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISCO RÍGIDO. ACESSO DIRETO. ILICITUDE. INEXISTÊNCIA.

1. O elevado montante enviado ao exterior sem comunicação às autoridades brasileiras no valor de US\$ 483.373,23, constitui motivo idôneo para a elevação da pena-base por função das consequências do delito, como ressoa da jurisprudência uniforme deste Superior Tribunal de Justiça.

2. É indispensável o efetivo exame da matéria pelo acórdão recorrido em atenção ao disposto no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, que exige o prequestionamento por meio da apreciação da questão federal pelo Tribunal a quo, de modo a se evitar a supressão de instância.

3. O espelhamento das mídias de informática são providências de perpetuação da prova destinadas a atestar, com a maior confiabilidade possível, a idoneidade da prova, mas não há determinação legal de que não sejam acessadas diretamente.

4. A disciplina das nulidades não se assenta na forma pela forma, mas, antes, tem em mira o cumprimento de metas, politicamente orientadas, sob o signo do cumprimento do ethos justiça.

5. Recurso ministerial provido. Recurso da defesa improvido.

(REsp 1435421/RS, da minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015)

Extrai-se, outrossim, que não há elementos nos autos que autorizem a conclusão de que houve montagem de dados ou que a autoridade policial tenha apagado base de dados e, conquanto as partes tenham tido acesso ao espelhamento da mídia apreendida, não houve demonstração da existência de adulteração da prova ou de efetivo prejuízo ao exercício da defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vale lembrar, de qualquer modo, que no sistema processual penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o magistrado forma sua convicção valorando as provas conforme o seu entendimento, desde que fundamentadamente.

Quanto à inquirição dos colaboradores em delação premiada, é certo que a norma processual penal impede a oitiva de corréu na qualidade de testemunha em razão da incompatibilidade entre o direito constitucional ao silêncio e a obrigação de dizer a verdade. Todavia, não há impedimento quanto ao depoimento de colaborador em delação premiada se tal colaborador não está sendo acusado no mesmo processo em que o recorrente figure como réu, tal como ocorre no presente caso.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Penal nº 470/MG, consignou que "O sistema processual brasileiro não admite a oitiva de co-réu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, (...) Exceção aberta para o caso de co-réu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei 9.807/1999"

Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado no âmbito desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO "LAVA-JATO". NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO DE ACESSO À INTEGRALIDADE DOS TERMOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA. RESGUARDO DE INVESTIGAÇÕES AINDA EM CURSO. DEPOIMENTO DE CORRÉUS COMO TESTEMUNHAS, UM COLABORADOR E OUTRO NÃO. POSSIBILIDADE DE INQUIRÇÃO DO COLABORADOR. PREVISÃO LEGAL. TERCEIROS ACUSADOS EM PROCESSO DIVERSO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - Tendo em vista a necessidade de se resguardar investigações ainda em curso, e considerando-se a complexidade das investigações e ações penais decorrentes da denominada "Operação Lava-Jato", não constitui nulidade o indeferimento do acesso do recorrente à integralidade dos termos de colaboração premiada de terceiro, mormente se franqueado o acesso àquilo que seria pertinente ao exercício do direito de defesa.

II - O sistema processual penal brasileiro impede a oitiva de corréu na qualidade de testemunha, na mesma ação penal, em razão da incompatibilidade entre o direito constitucional ao silêncio e a obrigação de dizer a verdade imposta nos termos do Código de Processo Penal.

III - No entanto, não há impedimento ao depoimento de colaborador como testemunha, na medida em que, não sendo acusado no mesmo processo em que o recorrente figure como réu, sua oitiva constitua verdadeira garantia de exercício da ampla defesa e do contraditório dos delatados, ao mesmo tempo que também consubstancia mecanismo de confirmação das declarações e de validação dos benefícios previstos no acordo de colaboração.

IV - Neste sentido, ainda que sob a égide da Lei n. 9.807/1999, o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal consignou que "O sistema processual brasileiro não admite a oitiva de co-réu na qualidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

testemunha ou, mesmo, de informante, (...) Exceção aberta para o caso de co-réu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei 9.807/1999" (Sétimo Agravo Regimental na AP n. 470/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 2/10/2009), entendimento que deve ser reforçado se considerado o § 14 do art. 4º da Lei 12.850/2013, o qual dispõe que "Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso de dizer a verdade".

V - Por razão semelhante, se o sistema processual penal, como regra geral, não admite a oitiva de corréu na qualidade de testemunha, na mesma ação penal, não há que se falar em qualquer ilegalidade quanto ao depoimento de Carlos Alexandre de Souza Rocha, porquanto, ainda que não seja colaborador, foi denunciado em processo diverso, sob outro contexto, o que permite sua oitiva como testemunha nos autos da ação penal em questão.

VI - Por último, insta consignar que, em se tratando de nulidade de ato processual, e de acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, mostra-se imprescindível, para o reconhecimento da nulidade, a demonstração do prejuízo sofrido, o que inexistiu na espécie.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 67.493/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 02/05/2016)

Ademais, o áudio completo com o depoimento dos informantes foram juntado aos autos conforme Atas de fls. 1309 e 1315, não havendo falar em violação do princípio da publicidade ou sigilo inviabilizador do exercício da ampla defesa.

Assim, não há falar em nulidade qualquer decorrente do indeferimento do acesso do recorrente à integralidade dos termos do acordo de colaboração premiada de terceiros, mormente se franqueado o acesso àquilo que seria pertinente ao exercício do direito de defesa. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO "LAVA-JATO". NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO DE ACESSO À INTEGRALIDADE DOS TERMOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA. RESGUARDO DE INVESTIGAÇÕES AINDA EM CURSO. DEPOIMENTO DE CORRÉUS COMO TESTEMUNHAS, UM COLABORADOR E OUTRO NÃO. POSSIBILIDADE DE INQUIRÇÃO DO COLABORADOR. PREVISÃO LEGAL. TERCEIROS ACUSADOS EM PROCESSO DIVERSO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - Tendo em vista a necessidade de se resguardar investigações ainda em curso, e considerando-se a complexidade das investigações e ações penais decorrentes da denominada "Operação Lava-Jato", não constitui nulidade o indeferimento do acesso do recorrente à integralidade dos termos de colaboração premiada de terceiro, mormente se franqueado o acesso àquilo que seria pertinente ao exercício do direito de defesa.

II - O sistema processual penal brasileiro impede a oitiva de corréu na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualidade de testemunha, na mesma ação penal, em razão da incompatibilidade entre o direito constitucional ao silêncio e a obrigação de dizer a verdade imposta nos termos do Código de Processo Penal.

III - No entanto, não há impedimento ao depoimento de colaborador como testemunha, na medida em que, não sendo acusado no mesmo processo em que o recorrente figure como réu, sua oitiva constitua verdadeira garantia de exercício da ampla defesa e do contraditório dos delatados, ao mesmo tempo que também consubstancia mecanismo de confirmação das declarações e de validação dos benefícios previstos no acordo de colaboração.

IV - Neste sentido, ainda que sob a égide da Lei n. 9.807/1999, o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal consignou que "O sistema processual brasileiro não admite a oitiva de co-réu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, (...) Exceção aberta para o caso de co-réu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei 9.807/1999" (Sétimo Agravo Regimental na AP n. 470/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 2/10/2009), entendimento que deve ser reforçado se considerado o § 14 do art. 4º da Lei 12.850/2013, o qual dispõe que "Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso de dizer a verdade".

V - Por razão semelhante, se o sistema processual penal, como regra geral, não admite a oitiva de corréu na qualidade de testemunha, na mesma ação penal, não há que se falar em qualquer ilegalidade quanto ao depoimento de Carlos Alexandre de Souza Rocha, porquanto, ainda que não seja colaborador, foi denunciado em processo diverso, sob outro contexto, o que permite sua oitiva como testemunha nos autos da ação penal em questão.

VI - Por último, insta consignar que, em se tratando de nulidade de ato processual, e de acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, mostra-se imprescindível, para o reconhecimento da nulidade, a demonstração do prejuízo sofrido, o que inexistiu na espécie.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 67.493/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 02/05/2016)

Demais disso, os depoimentos dos colaboradores estão corroborados por fartos elementos probatórios coligidos aos autos, notadamente as escutas telefônicas, as quebras de sigilo bancário e telemático e a agenda eletrônica apreendida, em que eram mantidos os registros detalhados dos correntistas da instituição financeira não-autorizada, não havendo falar em condenação com base exclusivamente em colaboração premiada.

Assim, eventual afastamento de prova reputada como ilegal, de qualquer modo, seria inócuo, porque não teria o condão, por si só, de ilidir a condenação do recorrente. Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado em hipótese similar:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
TESE NOVA NÃO DEDUZIDA NO RECURSO ESPECIAL.
INADMISSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO
CONSUMATIVA. ERRO DE PROIBIÇÃO. FALTA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 155, 157, 158, 159, 160 E 167, 564, III, B, 573 E 386, II, DO CPP. QUESTÕES RESOLVIDAS NO HC N. 213.448/RS. NEGATIVA DE ACESSO AOS TERMOS DA DELAÇÃO PREMIADA. **FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. CONDENAÇÕES BASEADAS EM OUTROS ELEMENTOS.** DEPOIMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. EXPERIÊNCIA DO RÉU NA ATIVIDADE CAMBIAL. PRECEDENTE.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 613.062/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 27/06/2016)

Com efeito, não se declara nulidade no processo se não resta comprovado o efetivo prejuízo, em obséquio ao princípio *pas de nullité sans grief* positivado no artigo 563 do Código de Processo Penal e consolidado no enunciado nº 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

"No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu."

A propósito, é fundamental ter em mente que a disciplina das nulidades não se assenta na forma pela forma, mas, antes, tem em mira o cumprimento de metas, politicamente orientadas, sob o signo do cumprimento do *ethos* justiça. Não sendo trazida à baila qual a influência gerada pela atuação do Poder Judiciário, não haverá nulidade.

A posição ora externada assenta-se no princípio da instrumentalidade das formas. A propósito, eis a lição do Professor Associado da Faculdade de Direito da USP, GUSTAVO BADARÓ:

"Como explica Tornaghi, 'a forma, o lugar e o tempo dos atos processuais são determinados com critério teleológico, isto é, para o fim de assegurar certos bens jurídicos que a lei reputa politicamente necessários ou tecnicamente convenientes'. Por isso, as formas não são um fim em si mesmas. Ao contrário, são meios que permitem que o ato atinja seus fins.

O princípio da instrumentalidade das formas equivale ao princípio do prejuízo pelo qual não se anula o ato se da atipicidade não decorreu prejuízo para a acusação ou para a defesa (CPP, art. 5630. Esta regra é a 'viga mestra em matéria de nulidade' (Tourinho). O art. 566 do CPP completa tal regime de flexibilização das formas ao dispor que não se declara a nulidade que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa. Trata-se da conhecida máxima *pas de nullité sans grief*.

Segundo a maior parte da doutrina, o princípio do prejuízo não se aplica às nulidades absolutas, em que o "prejuízo é presumido". Tal posição não é correta por partir da premissa equivocada de que a forma é um fim em si mesma. Atentando-se para o caráter instrumental do processo, conclui-se que, mesmo nos casos em que o vício poderia caracterizar nulidade absoluta, se o ato cumpriu sua finalidade, não há que falar em nulidade. Por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua vez, quanto às nulidades relativas, há consenso de que sua decretação depende da demonstração do prejuízo.

Toda nulidade exige um prejuízo. Há casos em que o prejuízo é evidente. No entanto, isso não se confunde com a não ocorrência, apenas sendo desnecessário demonstrá-lo. Excepcionalmente, mesmo em uma das hipóteses em que a lei considere que haverá nulidade absoluta, se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido." (*Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 577-578).

Passo seguinte, nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte Superior de Justiça, tem-se que não é inepta a denúncia que, como no caso presente, narra a ocorrência de crimes em tese, descreve as suas circunstâncias e indica os respectivos tipos penais, viabilizando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos moldes do previsto no artigo 41 do Código de Processo Penal.

Ademais, esta Corte Superior entende que resta superada a alegação de inépcia da inicial acusatória com a superveniência da sentença penal condenatória uma vez que não há sentido em analisar a higidez formal da *persecutio* se já há, em realidade, acolhimento formal e material da acusação, tanto que motivou o édito de condenação.

Nesse sentido, colhem-se reiterados precedentes dos quais extraio os seguintes de ambas as Turmas que integram a Terceira Seção:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 273, §1º-B DO CP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TESE SUPERADA PELA SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. ILICITUDE DA PROVA. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. TEMA PACIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA. SÚMULA N. 7/STJ. REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Entendimento pacífico desta Corte Superior no sentido de que, após a prolação da sentença condenatória que considerou apta a denúncia, resta superada a tese de ausência de justa causa por inépcia da exordial acusatória, "isso porque o exercício do contraditório e da ampla defesa foi viabilizado em sua plenitude durante a instrução criminal." (AgRg no AREsp 537.770/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe 18/08/2015).

(...)

(AgRg no AREsp 961.053/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI N. 8.137/90. 1) VIOLAÇÃO AO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO DEMONSTRADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 83 DA LEI N. 9.430/96. NÃO DEMONSTRADA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 2º DO DECRETO 2.730/98. INAPLICÁVEL. 3) VIOLAÇÃO AO ART. 13, § 2º, DO CÓDIGO PENAL - CP. CRIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OMISSIVO. PODER DE AGIR DO RÉU QUE DECORRENTE DE NORMA DE CARÁTER GERAL E INDISTINTA. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. PRECEDENTES. 4) VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESVALORADA APONTADA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. MONTANTE DO PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A alegação de inépcia da denúncia perde força com a prolação da sentença, pois o desenvolvimento da ação penal permitiu o exercício do contraditório e da ampla defesa. Precedentes.

(...)

(AgRg no REsp 1479574/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 15/12/2017)

Quanto à tipicidade do delito, dispõe o artigo 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 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.

Em geral, o crime de evasão de divisas é praticado através da efetiva saída do território nacional de alguém que não declara a posse de numerário.

Todavia, existe um sistema paralelo de remessa de valores por meio de compensações que tem por base a confiança, conhecido como operação “dólar-cabo”, nas quais são efetuados pagamentos em reais no Brasil, com o objetivo de disponibilizar, através de quem recebe tal pagamento, o respectivo montante em moeda estrangeira no exterior, de modo que não se possa acompanhar, de forma direta, o fluxo financeiro.

E tal sistema coincide com a conduta imputada ao recorrente, que preenche os elementos do tipo de evasão de divisas, na forma do art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei 7.492/1986, que tipifica a conduta daquele que, “a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior”, em qualquer montante.

A propósito do fato típico em exame, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal nº 470, consolidou o entendimento de que aquele que efetua pagamento em reais no Brasil, com o objetivo de disponibilizar, através do outro que recebeu tal pagamento, o respectivo montante em moeda estrangeira no exterior, incorre no ilícito de evasão de divisas, caracterizando o crime previsto no art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei 7.492/1986 a prática das operações “dólar-cabo”:

(...) A materialização do delito de evasão de divisas prescinde da saída física de moeda do território nacional. Por conseguinte, mesmo aceitando-se a alegação de que os depósitos em conta no exterior teriam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sido feitos mediante as chamadas operações “dólar-cabo”, **aquele que efetua pagamento em reais no Brasil, com o objetivo de disponibilizar, através do outro que recebeu tal pagamento, o respectivo montante em moeda estrangeira no exterior, também incorre no ilícito de evasão de divisas.** Caracterização do crime previsto no art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei 7.492/1986, que tipifica a conduta daquele que, “a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior”. (...)

(AP 470, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2013 PUBLIC 22-04-2013)

E, decidido pelas instâncias ordinárias que restou efetivamente comprovada a prática da conduta denominada 'dolar-cabo', tem-se que maiores considerações acerca da efetiva disponibilidade do numerário no exterior implicariam na rediscussão da suficiência probatória para a condenação.

Ocorre, todavia, que é assente que cabe ao aplicador da lei, na instância ordinária, analisar a existência de provas suficientes para embasar o decreto condenatório, ou a ensejar a absolvição.

De fato, não se mostra plausível nova análise do contexto fático-probatório por esta Corte Superior, que não constitui terceira instância recursal, sendo vedado o reexame de provas em sede de recurso especial, a teor do enunciado nº 7 da súmula desta Corte, *verbis*:

A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

Confira-se, nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO. ART. 240 DO CPP. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. MANDADO FUNDAMENTADO E QUE ESPECIFICA ADEQUADAMENTE O ENDEREÇO DO CUMPRIMENTO DA CONSTRIÇÃO, FAZ MENÇÃO À PESSOA E DELIMITA O ESPECTRO DA DILIGÊNCIA. PRECEDENTES. CONSUNÇÃO ENTRE OS CRIMES DE OPERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SEM AUTORIZAÇÃO (ART. 16 DA LEI 7.492/86) E EVASÃO DE DIVISAS (ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 7.492/86). INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CRIME-MEIO E CRIME-FIM. PRECEDENTES. CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS. ART. 1º DA LEI 9.613/98. PLEITO ABSOLUTÓRIO. SÚMULA 7/STJ. NULIDADE DA R. SENTENÇA. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM A DENÚNCIA. INCIDÊNCIA DA CIRCULAR 3.345/2007 DO BACEN AO DELITO DE EVASÃO DE DIVISAS. INAPLICABILIDADE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 383 E 384 DO CPP; FIXAÇÃO DO QUANTUM MÁXIMO PELA CONTINUIDADE DELITIVA E INADEQUAÇÃO DA APLICAÇÃO DO ART. 12, § 4º, DA LEI 9.613/98. TESES NÃO ENFRENTADAS PELO TRIBUNAL A QUO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 211/STJ E 282/STF E INOVAÇÃO RECURSAL. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

I - A busca e apreensão empreendida na hipótese, determinada por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem judicial, atende os preceitos legais, pois não se reveste de conteúdo genérico ou inespecífico. Ao contrário, como bem anotado pelo Tribunal a quo, a MM. Juíza houve por fundamentar a ordem, fazendo constar do mandado o endereço do cumprimento da constrição, a menção à pessoa, a delimitação do espectro da diligência e a fundamentação legal. Ilegalidade não evidenciada na espécie.

II - Ademais, a jurisprudência desta Corte de Justiça é firme no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563 do CPP. In casu, não comprovam os recorrentes qualquer prejuízo decorrente daquela ordem judicial. Em razões recursais, defendem apenas a nulidade da diligência por suposta ausência de fundamentação, sem, contudo, explicitar o porquê e em que medida a fundamentação daquela ordem judicial mostrar-se-ia inadequada ou falha no caso concreto. Precedentes.

III - Os recorrentes dirigiam instituição financeira que funcionava de forma irregular, pois faziam operar a instituição financeira como banco comercial, atuando fora dos limites da autorização que lhes fora concedida pelo Banco Central. Caracterizado, pois, o crime do art. 16 da Lei 7.492/1986, em relação ao qual se reconheceu a prescrição da pretensão punitiva quando do julgamento do REsp 1.113.655/SC por esta eg. Quinta Turma.

IV - Lado outro, efetuavam operações de câmbio não autorizadas, com o fim de promover a evasão de divisas, sem as declarar à repartição federal competente, evidenciando que incorreram na conduta tipificada no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986.

V - Assim, é improcedente a tese de absorção de um delito pelo outro pela aplicação do princípio da consunção ou absorção, o qual se limita a situações de crime progressivo, progressão criminosa ou crime-meio absorvido por crime-fim, o que, repita-se, não se conforma com o quadro-fático delineado no r. acórdão. Em que pesem as alegações dos agravantes, o princípio da consunção ou absorção é verificado quando a primeira infração prevista em uma norma constitui simples fase de realização da segunda infração, estabelecida em dispositivo diverso, devendo-se aplicar apenas a última. No caso em apreço não há relação de crime-meio e crime-fim entre os delitos de "operação de instituição financeira sem autorização" (art. 16 da Lei 7.492/86) e "evasão de divisas" (art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86), devendo este último ser punido de forma autônoma. Doutrina. Precedentes da eg. Sexta Turma e do col. STF.

VI - No que concerne à materialidade e à autoria do crime de lavagem de capitais, tem-se que as instâncias ordinárias, apreciando detalhadamente a prova produzida nos autos, concluíram pela caracterização do delito previsto no art. 1º da Lei 9.613/98, pois os recorrentes ocultavam valores obtidos com a prática de outros ilícitos utilizando-se das off-shores Seline Finance Inc. e Fonteway C.S.A. Ora, está assentado nesta Corte que as premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias não podem ser modificadas no âmbito do apelo extremo, nos termos da Súmula n. 7/STJ, segundo a qual "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no REsp 1535111/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018)

Quanto às remessas inferiores a U\$ 100.000,00 diga-se que, no caso de transferência eletrônica, saída meramente escritural da moeda, a lei exige, de forma exclusiva, o processamento através do sistema bancário, com perfeita identificação do cliente ou beneficiário (Lei nº 9.069/1995, art. 65, caput), inexistindo limite mínimo para a tipificação do delito de evasão de divisas praticado via dólar-cabo e sendo irrelevante, para tanto, o limite estabelecido pela Circular nº 3278/2005 do BACEN.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES DIVERSOS. EVASÃO DE DIVISAS E MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR SEM DECLARAÇÃO À AUTORIDADE COMPETENTE. CIRCULAR DO BACEN. NÃO INCIDÊNCIA NO DELITO DE EVASÃO DE DIVISAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. "No caso das operações "dólar-cabo" existe uma grande facilidade na realização de centenas ou até milhares de operações fragmentadas sequenciais. É muito mais simples do que a transposição física, por diversas vezes, das fronteiras do país com valores inferiores a R\$ 10.000,00. Admitir a atipicidade das operações do tipo "dólar-cabo" com valores inferiores a R\$ 10.000,00 é fechar a janela, mas deixar a porta aberta para a saída clandestina de divisas." (REsp 1.535.956/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 1/3/2016, DJe 9/3/2016).

2. "A Circular 3.345/2007 do BACEN, que estabelece forma, limites e condições de declaração de bens e de valores detidos no exterior por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, destina-se apenas à regularização de declaração de valores acima de cem mil dólares dos Estados Unidos (US\$ 100.000,00) detidos no exterior e não declarados ao Fisco, o que, em certa medida, poderia, em tese, se enquadrar no delito previsto na segunda parte do parágrafo único do art. 22 da Lei n. 7.492/96, ou seja, na conduta de 'manter no exterior depósitos não declarados à repartição federal competente'." (AgRg no REsp 1.535.111/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 6/3/2018, DJe 14/3/2018). **Ela não se aplica ao delito de evasão de divisas (mediante "dolar cabo"), descrito na primeira parte do parágrafo único do art. 22 da Lei n. 7.492/96. Precedentes.**

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1320262/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018)

Quanto à continuidade delitiva, conforme já ressaltado, não há falar em *bis in idem* qualquer na consideração do *quantum* evadido, vale dizer, a quantidade de moeda, para exasperar a pena na primeira etapa da dosimetria e na consideração da repetição de condutas, ou seja, a quantidade de delitos, para fixar o aumento pela continuidade delitiva na terceira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

etapa do processo dosimétrico, mormente se se considerar que a quantidade de delitos praticados (122 remessas) mais que justificam a adoção da fração mais gravosa na terceira etapa da dosimetria. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OPERAÇÃO CURAÇÃO. EVASÃO DE DIVISAS. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. INOCORRÊNCIA. CONEXÃO INSTRUMENTAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. TESE NÃO SUSCITADA NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP ATENDIDOS. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE USO DAS PROVAS COLHIDAS NO EXTERIOR. COMPROMETIMENTO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS. RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO IMPUGNAM OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO DA ORIGEM. SÚMULA 283/STF. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME CONTINUADO. FRAÇÃO DE AUMENTO. ART. 387, IV, DO CPP. CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO DO DANO. POSSIBILIDADE.

(...)

VIII - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o critério de majoração pela continuidade delitiva é proporcional ao número de infrações cometidas. Assim, reconhecida a continuidade delitiva e considerando o número de infrações praticadas (dezenas ou centenas de operações), a fração de aumento mais adequada à hipótese dos autos é de 2/3 (dois terços).

IX - A regra estabelecida pelo art. 387, IV, do Código de Processo Penal, por ser de natureza processual, deve ter aplicação imediata, inclusive a processos em curso.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1668560/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018)

Quanto à pena-base e a pretendida utilização do critério denominado 'termo médio', tem-se que o Tribunal Regional consignou o seguinte:

Não há reparos a serem realizados na dosimetria estabelecida.

Não obstante este Tribunal Regional Federal da 4ª Região possa ter adotado, em diversos julgados, o critério do 'termo-médio' ao valorar as diversas circunstâncias judiciais com vista ao estabelecimento da pena-base na primeira fase da dosimetria da pena, de modo que, se o agente contasse com as oito circunstâncias judiciais em seu desfavor, a pena dosada restasse fixada exatamente no centro da pena prevista em abstrato para o tipo, tal não constitui um imperativo legal, tampouco persiste como critério unívoco no âmbito desta Corte.

De dizer-se, ainda, que o critério do 'termo médio' não constitui orientação vinculante e que está sendo superado no âmbito desta Corte, do que é exemplo os embargos de declaração na apelação criminal nº 5010344-94.2010.404.7100. Ademais, a peculiaridade da tese atinente ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termo-médio resta evidenciada, inclusive, pelo fato de que apenas este Tribunal Regional Federal da 4ª Região vinha adotando expressamente a sistemática; nenhum outro tribunal regional o faz. Os Tribunais Superiores, assim como demais órgãos judicantes em território nacional, valem-se da regra geral estabelecida pela legislação no sentido de que a dosimetria da pena se dá através de individualização balizada pelo Código Penal (sistema de relativa indeterminação).

Ao magistrado, valendo-se das balizas normativas estabelecidas de forma bastante detalhada pelo Código Penal, cabe a tarefa de individualizar a pena de forma proporcional à conduta praticada pelo réu. A meu ver, somente cabe a intervenção deste Tribunal quando houver nítido descompasso entre os critérios utilizados na dosimetria e os fatos em julgamento.

É sob tal perspectiva que analisei a dosimetria das penas impostas, inclusive quanto à elevação decorrente da continuidade delitiva.

Com efeito, é sabido que ao sentenciante é dada uma margem de discricionariedade que, todavia, não é livre, mas vinculada, já que devem ser expressamente indicadas as circunstâncias judiciais que justifiquem concretamente a necessidade de maior punição, preservando-se o livre convencimento motivado e a discricionariedade vinculada do julgador.

Ademais, a pena-base deve ser fixada fundamentadamente, com base em elementos idôneos, observando-se os princípios da culpabilidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, e da suficiência à reprovação e prevenção ao crime, **não se adotando critério matemático ou aritmético.**

Com efeito, não é outra a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, valendo conferir, nesse sentido, o seguinte julgado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INVIABILIDADE. SUPOSTO EXCESSO E DESPROPORCIONALIDADE NO AUMENTO. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. CABIMENTO. RECEPÇÃO. SUPOSTO EXCESSO E DESPROPORCIONALIDADE NO AUMENTO. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

II - Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a definição do quantum de aumento da pena-base em razão de circunstância judicial desfavorável deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena, estando dentro da discricionariedade juridicamente vinculada do magistrado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - Desta forma, não se admite a adoção de um critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade.

IV - Na hipótese, o v. acórdão evidenciou, com base em dados empíricos, as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado em ambos os crimes, quais sejam, praticar roubo com veículo receptado, bem como o valor do objeto alvo de roubo e a fuga, mediante disparos de arma de fogo, fundamentação que se encontra dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, inexistindo flagrante desproporcionalidade ou ilegalidade a justificar a sua redução.

V - No que tange à fixação do regime inicial, conquanto o paciente seja primário e a pena pelo crime de roubo tenha sido fixada abaixo de 8 (oito) anos e pelo crime de receptação abaixo de 4 (quatro) anos, a existência de circunstância judicial desfavorável, utilizada para aumentar a pena-base de ambos os crimes, inviabiliza a fixação do regime semiaberto e aberto respectivamente.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 403.823/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 11/10/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PRETENSA APLICAÇÃO DA "TEORIA DO TERMO MÉDIO". OPERAÇÃO ARITMÉTICA. DESCABIMENTO. CONDENAÇÕES DISTINTAS UTILIZADAS NA PRIMEIRA E SEGUNDA FASES DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

2. A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito, razão pela qual descabe a aplicação da suscitada "teoria do termo médio".

3. Embora seja "possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência", conforme entendimento consolidado no Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), em se tratando de réu multirreincidente, resulta justificada a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, não sendo hipótese de integral compensação, revelando-se idôneo o incremento de 1/6 na segunda fase da dosimetria.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 350.704/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 16/08/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, tenho que o aumento de 4 meses para cada vetor não se mostra desarrazoado ou excessivo, sobretudo se forem consideradas as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito imputado, que vão de 2 a 6 anos de reclusão.

Vale anotar a propósito, que a reprimenda foi fixada nas instâncias ordinárias à luz do fato concreto em exame, não havendo como pretender identidade de sanções em relação a julgado outro da minha relatoria, relativo a fato diverso (Operação Cotação), à vista mesmo do princípio da individualização das penas.

Quanto à agravante do artigo 62, I, do Código Penal, este Superior Tribunal de Justiça possui sua jurisprudência no sentido de que não ofende o princípio da correlação a condenação por circunstâncias agravantes ou atenuantes não descritas na denúncia, nos termos dos arts. 385 e 387, I e II, ambos do Código de Processo Penal.

A propósito do tema, colhem-se reiterados precedentes de ambas as Turmas com competência em matéria penal, dos quais extraio os seguintes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO. RECONHECIMENTO DE AGRAVANTE NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. ART. 61, II, ALÍNEA "H", DO CP. VÍTIMA COM MAIS DE 60 ANOS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME DE PENA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ELEMENTO APTO A JUSTIFICAR O REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO.

1. A jurisprudência desta Casa é no sentido de que não ofende o princípio da congruência a condenação por agravantes ou atenuantes não descritas na denúncia. Inteligência dos arts. 385 e 387, I, do Código de Processo Penal (HC n. 219.068/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 20/05/2016).

(...)

(AgRg no REsp 1732842/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 25/05/2018)

HABEAS CORPUS. RECONHECIMENTO DE AGRAVANTE GENÉRICA NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. ART. 61, II, H", DO CP. IDADE DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior entende que não ofende o princípio da congruência a condenação por circunstâncias agravantes ou atenuantes nos casos em que elas não estiverem descritas na denúncia, nos termos dos arts. 385 e 387, I e II, ambos do Código de Processo Penal. Precedentes.

2. Ordem denegada.

(HC 419.091/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017)

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. (I) REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS. (II) AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO SENTENCIANTE. POSSIBILIDADE. ART. 385 DO CPP.

(...)

5. Nos termos da jurisprudência desta Casa, "Não ofende o princípio da congruência a condenação por agravantes ou atenuantes não descritas na denúncia. Inteligência dos arts. 385 e 387, I, do Código de Processo Penal" (HC 219.068/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 20/05/2016).

6. Habeas corpus denegado.

(HC 381.590/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTUPRO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVANTES. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 385 DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

III - É franqueado o reconhecimento de agravantes pelo magistrado, ainda que não descritas na denúncia, porquanto tal reconhecimento não envolve a questão da quebra de congruência entre a imputação e a sentença, sendo aplicável o disposto no art. 385 do CPP (precedentes).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 385.736/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 09/05/2017)

Por fim, quanto à pretensão de decote da circunstância judicial 'culpabilidade' que teria sido valorada indevidamente na fixação da pena-base de Luiz Carlos Silveira Marques, ao que se tem dos autos, vê-se que tal questão não foi suscitada no recurso especial.

Assim, não suscitada a questão no recurso especial interposto, é incabível a pretendida inovação em sede de agravo regimental.

Demais disso, não há circunstância qualquer no caso em exame, que demonstre a existência de manifesto constrangimento ilegal, a autorizar a excepcional concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício.

É que, em outros casos recursos julgados no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça relativos à Operação Ouro Verde, decotou-se a pena-base porque a reprimenda fora fixada acima do mínimo legal tão-somente à vista da atividade profissional dos recorrentes como empresários, em valoração abstrata e genérica, sem demonstração concreta da relação entre o exercício da atividade empresarial e a prática do ilícito penal, ou ainda, em função



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas da particularidade de possuírem eles conhecimento acerca do procedimento relativo às operações de câmbio por via oficial, o que evidencia mero conhecimento acerca da ilicitude da conduta, que é elementar do tipo. Demais disso, eram eles meros clientes da organização criminosa.

No presente caso, contudo, trata-se de réu que tinha uma mesa de operações e era conhecido como 'doleiro' no mercado, que atuava em conjunto com outros 'doleiros', também condenados na Operação, e que agia nos mesmos moldes que a Tour Export, empresa da qual era parceira de negócios, havendo consignado o acórdão do Tribunal *a quo* que "sempre que necessária a obtenção de numerários para a realização de operações uma parte recorria à outra".

E, tratando-se de doleiro que se vale do sistema em benefício de seus clientes junto ao mercado, além da estrutura da própria empresa que atua nos mesmos moldes da Tour Export para a prática de atos ilícitos, que efetuou centenas de remessas ilegais ao exterior que totalizaram mais de 9 milhões de dólares, tenho que, de fato, é acentuada a culpabilidade do recorrente, tratando-se de hipótese que mais se amolda à do REsp nº 1574810/RS, assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. EVASÃO DE DIVISAS. OPERAÇÃO OURO VERDE. OITIVA DE COLABORADOR. LEGALIDADE. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. AUSÊNCIA DE RESERVA DE ESPECIALIDADE. ESPELHAMENTO DE MÍDIA DE INFORMÁTICA. INEXIGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CONDENAÇÃO FUNDADA EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. Não há ilegalidade quanto ao depoimento de colaborador em delação premiada que não está sendo acusado no mesmo processo em que o recorrente figure como réu e o inteiro teor de seus depoimentos foram juntados aos autos em arquivo fonográfico, não havendo falar em violação do princípio da publicidade ou sigilo qualquer inviabilizador do exercício da ampla defesa.

2. Em tema de acordo de cooperação internacional a regra é a ampla utilização da prova, sendo que qualquer restrição deve ser expressamente formulada pelo Estado requerido, hipótese incorrente mormente porque a Autoridade Central dos Estados Unidos da América autorizou a utilização das provas em todas as investigações que guardem relação com a Operação Cabo Verde, posteriormente nominada de Ouro Verde.

3. O espelhamento das mídias de informática são providências de perpetuação da prova destinadas a atestar, com a maior confiabilidade possível, a idoneidade da prova, mas não há determinação legal de que não sejam acessadas diretamente, não havendo falar em nulidade se não há demonstração pela parte em que consistiria a alteração ou montagem de dados.

4. Ademais, eventual afastamento da prova reputada como ilegal não teria o condão, por si só, de ilidir a condenação que não está embasada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exclusivamente no disco rígido, ou nas Planilhas P1 e P2, mas também em outros elementos coligidos aos autos, notadamente as escutas telefônicas, as quebras de sigilo bancário e telemático, os depoimentos de colaboradores e a agenda eletrônica apreendida, em que eram mantidos os registros detalhados dos correntistas da instituição financeira não-autorizada.

5. É acentuada a culpabilidade do réu que trabalhou por mais de 30 anos no ramo bancário, atualmente possui empresa de factoring e se vale de seus conhecimentos, relacionamento junto ao mercado e da estrutura da própria empresa para a prática de atos ilícitos como 'doleiro', tendo inclusive respondido pelo crime de operar instituição financeira clandestina.

6. A remessa de valores por meio do sistema de "dólar-cabo" constitui meio normal para a consecução do delito, não configurando, por si só, fato que justifique a exasperação da pena, mormente se o réu era apenas um dos clientes da organização criminosa que se limitou a enviar recursos ao exterior, sem qualquer demonstração formal de que teria ele ciência da complexidade do esquema e que desempenhava papel de relevância na organização.

7. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1574810/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0070823-4

AgRg no
REsp 1.587.239 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200771000017965 200871000108550 50184310520114047100 6952008
RS-50184310520114047100

EM MESA

JULGADO: 14/08/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ CARLOS SILVEIRA MARQUES
RECORRENTE : ROGERIO BARBOSA SCHALLY
ADVOGADOS : ANDREI ZENKNER SCHMIDT - RS051319
DÉBORA POETA WEYH - RS062866
MARIO AZAMBUJA NETO - RS077001
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LUIZ CARLOS SILVEIRA MARQUES
AGRAVANTE : ROGERIO BARBOSA SCHALLY
ADVOGADOS : ANDREI ZENKNER SCHMIDT - RS051319
DÉBORA POETA WEYH - RS062866
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.