

HABEAS CORPUS 162.404 RIO DE JANEIRO

VOTO

JULGAMENTO CONJUNTO HC 162.404 E HC 160.172

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedidos liminares, impetrados contra decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), respectivamente nos autos do RHC 100.349/RJ e do RHC 93.603/RJ.

Ambos os HC se referem à Ação Penal 0504957-22.2017.4.02.5101, que atualmente tramita na 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

Nos autos do HC 160.172, os impetrantes alegam que a ação penal em questão, originalmente em trâmite no Juízo da 5ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, foi redistribuída para a 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro sem motivo que a justificasse.

Em 07.08.2018, nos autos do HC 160.172, deferi medida cautelar para suspender o trâmite processual da Ação Penal 0504957-22.2017.4.02.5101, até o julgamento de mérito do *writ*.

Nos bojo do HC 162.404, por sua vez, o paciente requer seja declarada a inéptica da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal na Ação Penal 0504957-22.2017.4.02.5101.

Considerando que o pedido veiculado no HC 162.404, caso acolhido, implicaria a prejudicialidade da pretensão veiculada no HC 160.172, inicio a análise daquele *writ*

Inicialmente, para melhor compreensão da controvérsia, observem-se trechos do ato impugnado no HC 162.404:

“Noutro compasso, busca-se no presente recurso, em apertada síntese, o trancamento da ação penal na origem, tendo como fundamento a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta e a impossibilidade de consumação do delito imputado ao acusado.

Como é cediço, o trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e

provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou de prova de materialidade.

A liquidez dos fatos, cumpre ressaltar, constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa, pois o exame aprofundado de provas se faz inadmissível no espectro processual do habeas corpus ou de seu recurso ordinário, uma vez que seu manejo pressupõe ilegalidade ou abuso de poder flagrante, a ponto de ser demonstrada de plano. (...)

No que se refere à inépcia da inicial, segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, ressalta-se que a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos e suficientes de autoria, prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia, o princípio *in dubio pro societate*. (...)

Com efeito, não há como se reconhecer qualquer mácula quanto à interpretação do tipo penal, tal como sustenta a Defesa, sobretudo porque a aferição das condutas descritas no art. 22 da Lei 7.492/86, demandaria inevitável análise das normas que as complementam, sendo que, na dicção da doutrina, 'cuida-se de normas penais em branco. Exige-se que se trate de operação de câmbio não autorizada, que o envio de moeda ou de divisa ocorra sem autorização legal e a manutenção de depósitos não declarados' (PAULSEN, Leandro. Crimes Federais. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 310).

Do que se extrai dos elementos de cognição, a denúncia aponta que o recorrente buscava sair do País, portando moeda estrangeira, em valores que, de acordo com a norma regulatória, deveriam ser transferidos por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, com a identificação do cliente ou do destinatário, tal qual a exegese que se extrai do teor dos artigos 65 da Lei 9.096/95 e 1º da Resolução CMN 2.524/98". (eDOC 113)

Segundo jurisprudência consolidada desta Suprema Corte, a extinção de processo penal de forma prematura somente é possível em

situação de manifesta atipicidade, ausência de justa causa ou de flagrante ilegalidade demonstradas por meio de prova pré-constituída.

No ponto, destaco os seguintes precedentes:

“Processual penal. *Habeas corpus*. Fraude à licitação, Crime de responsabilidade e Associação criminosa. Trancamento de ação penal. Ausência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder. Inadequação da via eleita.

1. O trancamento da ação penal só é possível quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa.

2. As peças que instruem este processo não evidenciam nenhuma teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize o encerramento prematuro do processo-crime.

3. A denúncia descreveu, de forma suficientemente clara, as condutas imputadas aos agentes, apontando a presença dos elementos indiciários mínimos necessários para a instauração da persecução penal. Inicial acusatória que bem permitiu aos pacientes o pleno exercício do direito de defesa.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em matéria de crimes societários, tem orientação consolidada, no sentido de que não se faz necessária ‘*descrição minuciosa e pormenorizada da conduta de cada acusado, sendo suficiente que, demonstrado o vínculo dos indiciados com a sociedade comercial, narre as condutas delituosas de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa*’ (RHC 117.173, Rel. Min. Luiz Fux).

5. Agravo regimental desprovido.” (HC 138.147-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 17.5.2017)

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DA IMPETRAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: POSSIBILIDADE DO REEXAME DO *WRIT* PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DENÚNCIA QUE CONTÉM A ADEQUADA INDICAÇÃO DAS CONDUCTAS DELITUOSAS IMPUTADAS AO RECORRENTE. O RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA É

DE MERA DELIBAÇÃO E NÃO DE COGNIÇÃO EXHAURIENTE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM *HABEAS CORPUS*: MEDIDA EXCEPCIONAL A SER APLICADA SOMENTE EM CASOS DE MANIFESTA ATIPICIDADE DA CONDUTA, CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE OU AUSÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

I – Embora os ministros integrantes da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça não tenham conhecido do *writ*, Suas Excelências, ao afastarem a possibilidade da concessão da ordem, de ofício, analisaram os fundamentos de mérito da impetração, o que autoriza o reexame do *habeas corpus* por esta Suprema Corte.

II – A denúncia contém a adequada indicação das condutas delituosas imputadas ao ora recorrente, a partir de elementos aptos a tornar plausível a acusação, o que lhe permite o pleno exercício do direito de defesa.

III – O juízo de recebimento da peça acusatória é de mera delibação, jamais de cognição exauriente. Não se pode, portanto, confundir os requisitos para o recebimento da denúncia com o juízo de procedência da imputação criminal.

IV – O trancamento da ação penal, em *habeas corpus*, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos de manifesta atipicidade da conduta, de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas.

V – Recurso ao qual se nega provimento.” (RHC 140.008, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 26.4.2017)

No caso em exame, como apontado pela defesa, o paciente portava cerca de R\$ 40.000,00 ao tentar embarcar para Portugal com suas 3 filhas, de forma que os valores apreendidos seriam destinados ao custeio de 4 pessoas naquele país, o que seria inferior ao limite indicado de R\$10.000,00 sem que fosse necessária a autorização descrita no tipo

mencionado no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986:

“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.”

Da análise do tipo, verifica-se que a norma comporta em seu elemento subjetivo o dolo, consistente na finalidade comprovada de realizar a evasão de divisas, não bastando a simples presunção do liame volitivo na arquitetura dogmática do tipo. Ainda, a locução normativa “*não autorizada*” demanda uma regulamentação do direito administrativo, tratando-se, portanto, de norma penal em branco – isso significa que a subsunção da situação fática, ou não, ao tipo exige uma contrariedade com a regulação de ordem administrativa.

A Constituição estabelece, no art. 5º, XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Cuida-se do princípio da legalidade ou da reserva legal estrita em matéria penal.

Essas disposições encontram fundamentos vinculados à própria ideia do Estado de Direito, baseados especialmente no princípio liberal e nos princípios democrático e da separação de Poderes. De um lado, enuncia-se que qualquer intervenção no âmbito das liberdades há de lastrear-se em uma lei.

De outro, afirma-se que a decisão sobre a criminalização de uma conduta somente pode ser tomada por quem dispõe de legitimidade democrática (Cf. Jorge Figueiredo Dias, *Direito penal: parte geral*, t. 1 – Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 167; PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 21. ed. Heidelberg: [s. n.], 2005. p. 289).

Observa Jorge Figueiredo Dias que o princípio do *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* deixa-se fundamentar, internamente, com base na ideia de *prevenção geral* (*Direito penal, cit., p. 168*) e do *princípio da culpabilidade*. O cidadão deve poder distinguir, com segurança, a conduta regular da conduta criminosa, mediante lei anterior, estrita e certa (Jorge

Figueiredo Dias, *Direito penal*, cit., p. 168).

Quanto ao aspecto formal ou das fontes, a reserva legal de que se cuida há de resultar de lei aprovada pelo Congresso Nacional. Compete privativamente à União legislar sobre matéria penal (art. 22, I, da CF/88).

A compatibilidade das normas penais em branco com o princípio da legalidade não é questão simples.

Para melhor compreensão do tema, é necessário que se proceda a conceituação acerca das normas penais em branco. Segundo Guilherme de Souza Nucci: *“são as que possuem a descrição de conduta indeterminada, dependente de um complemento, extraído de outra fonte legislativa extrapenal, para obter sentido e poder ser aplicada. A pena prevista é sempre determinada”*. (Manual de Direito Penal – Parte geral e parte especial).

A doutrina classifica essas normas como homogêneas – aquelas em que seu complemento é emanado da mesma fonte legislativa – e heterogêneas – quando se utilizam de preceitos de fontes diversas, como atos meramente regulamentares.

De um modo geral, a doutrina admite a utilização da norma penal em branco como técnica legislativa, permitindo que o legislador remeta a outras fontes normativas, em melhor posição para complementar a proibição. Por exemplo, nas hipóteses em que a definição da proibição depende de conhecimento técnico, o legislador poderia remeter a complementação por órgão estatal competente. Sendo justificável a remissão, não haveria inconstitucionalidade.

Nessa linha, cito excerto da obra de Cezar Roberto Bitencourt:

“No entanto, a fonte legislativa (Poder Legislativo, Poder Executivo etc) que complementa a norma penal em branco deve, necessariamente, respeitar os limites que esta impõe, para não violar uma possível proibição de delegação de competência na lei penal material, definidora do tipo penal, em razão do princípio constitucional de legalidade (...), do mandado de reserva legal e do princípio da tipicidade estrita (...). Em outros termos, é indispensável que essa integração ocorra nos parâmetros estabelecidos pelo preceito da norma penal em

branco. (...) A validade da norma complementar decorre da autorização concedida pela norma penal em branco, como se fora uma espécie de mandato, devendo-se observar seus estritos termos, cuja desobediência ofende o princípio constitucional da legalidade". (Tratado de Direito Penal – Parte geral – vol. 1)

No caso dos autos, observa-se que existe **um vazio regulatório sobre a locução normativa “não autorizada”**, a partir da edição da **Circular BACEN 2.494, de 19.10.1994**.

Como demonstrado, a indeterminação do elemento concreto do tipo gera uma gama de possibilidades, ocasionando uma discricionariedade desproporcional ao julgador, que deverá realizar o exercício interpretativo a partir de um alto nível subjetivo, dificultando ainda mais a compreensão antecipada do particular quanto aquilo que lhe é exigido pela norma.

Exatamente este é o caso concreto, no qual o paciente portava um montante aceitável diante da limitação que vinha sendo adotada administrativamente, tornando desarrazoada a configuração de crime a partir do elemento típico em análise.

Ademais, a instituição do delito de evasão de divisas **tem por objetivo a supervisão estatal sobre os valores que saem do país para adequar a política cambial, e não a proteção direta da garantia de reservas de divisas**, de forma que, mediante o devido registro, pode-se enviar quanto se quiser para o exterior.

Essa finalidade é reafirmada na recente Resolução 4.844/2020, a qual altera o artigo 26, caput, da Resolução 3.568/2008, ao fixar o **novo limite mínimo para a exigência de registro da operação cambial no Sisbacen**, ato integrador do tipo penal em debate.

Segundo o professor doutor Sérgio Rebouças, a Resolução reconheceria a **falta de relevância administrativa e penal das movimentações cambiais em conta de depósito envolvendo valores inferiores a R\$ 100 mil, uma vez elas não afetariam a política de câmbio brasileira**. (REBOUÇAS, Sérgio. Evasão de divisas e retroatividade da Resolução 4.844/2020 do CMN. Conj. 17 de ago. 202. Disponível em:

HC 162404 / RJ

https://www.conjur.com.br/2020-ago-17/opinioao-evasao-divisas-retroatividade-resolucao-cmn#_ftn1. Acesso em: 29.11.2021)

Tal mudança normativa é responsável por uma nova percepção quanto ao próprio conteúdo do injusto do fato, capaz de **retroagir o ato integrador em função de *abolitio criminis***, decorrente não apenas uma mudança regida por circunstâncias temporais cambiantes, mas sim de uma nova valoração.

Nessa toada, embora não atinja diretamente a situação fática do caso concreto, de saída do país com valores em espécie, a modificação da normativa administrativa aponta para ausência de ofensividade na conduta do paciente.

Ante o exposto, **quanto ao HC 162.404, concedo a ordem**, a fim de **declarar a inépcia da denúncia oferecida na Ação Penal 0504957-22.2017.4.02.5101**.

No tocante ao HC 160.172, ante à declaração de inépcia da denúncia oferecida na Ação Penal 0504957-22.2017.4.02.5101, **julgo prejudicado o *habeas corpus* 160.172**.

É como voto.