

ABORDAGEM CRÍTICA DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS: DISCURSO SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DO INJUSTO SOB A ÓTICA DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

*CRITICAL APPROACH TO THE CRIME OF EVASION OF FOREIGN EXCHANGE: THE
CRIMINALIZATION OF SPEECH UNJUST FROM THE VIEWPOINT OF MINIMUM
INTERVENTION*

Paulo Henrique Fagundes Costa¹

SUMÁRIO: Introdução;1 Breve Análise da Tipologia do Crime de Evasão de Divisas: Art. 22 Da Lei N.º 7.492/86;2 Normas Integrativas de Regulação do Câmbio, Saída e Controle dos Capitais Estrangeiros;3 O Princípio da Intervenção Mínima;4 O Crime de Evasão de Divisas e sua Análise sob o Prisma da Intervenção Mínima do Direito Penal; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O crime de evasão de divisas teve destaque com a maior integração e comunicação dos mercados mundiais e com a intensificação dos investimentos internacionais, que minoraram as distâncias entre nações e intensificaram mercados. A discussão que se estabelece é a efetiva necessidade de criminalização da conduta de evasão de divisas diante do extenso e rigoroso regramento normativo existente que exige protocolos de efetivação das operações e garante amplo controle por parte do Estado no que respeita à relocação destes recursos. A principiologia penal, em específico o princípio da intervenção mínima, fornece lastro para o levante da tese de que é prescindível a tipificação penal de uma conduta que pode ser repreendida pelos demais ramos do direito, não requerendo para tanto a atuação repressiva do direito penal.

PALAVRAS-CHAVE: Crime de evasão de divisas; Princípio da intervenção mínima; Criminalização do delito.

ABSTRACT

The crime of evasion of foreign exchange was highlighted with the increased integration and communication of global markets and the intensification of international investments, to lessen the distance between nations and markets intensified. The discussion that is established is the need to effectively criminalize

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia/MG. Gerente Jurídico do escritório Nelson Wilians & Advogados Associados – Filial Uberlândia/MG. *E-mail:* paulohenriquefc@adv.oabmg.org.br

the conduct of evasion of foreign exchange before the lengthy and rigorous regulatory existing protocols requiring effectuation of transactions and provides extensive control by the state regarding the relocation of these facilities. The principles, criminal law, in particular the principle of minimum intervention, provides backing for the uprising of the thesis that it is unnecessary to conduct a criminal definition of what can be reprimanded by the other branches of law, not requiring to both the criminal law enforcement activity.

KEYWORDS: Crime of evasion of foreign exchange; Principle of minimum intervention; Criminalization of the offense.

INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo é marcado por uma série de transformações ocorridas no seio da sociedade, em seus mais variados setores. A globalização é tida como a principal manifestação histórico-cultural da sociedade nos últimos anos, uma vez que propiciou a integração dos mais diferentes mercados econômicos, das mais diferentes culturas – que antes possuíam pouco ou nenhum contato – e dos mais diferentes povos, num verdadeiro estreitamento das fronteiras continentais e dos meios de informação.

Não é por outra razão, portanto, que os mercados econômicos, no mundo atual, se encontram cada vez mais sensíveis às oscilações das economias dos mais diversos países, ainda que alguns sejam tidos como irrelevantes.

Com a interligação de mercados, a conjuntura econômica se desenvolveu a fim de abarcar os mais diferentes ditames econômicos de cada participante do convívio econômico global e, dessa maneira, harmonizar as relações microeconômicas desenvolvidas pelos particulares de um mesmo Estado soberano ou de países diferentes.

É nessa vereda que o câmbio é assumido como um importante elementar do sistema financeiro uma vez que consolida a posição de uma moeda frente às demais, sua taxa de valorização ou de desvalorização, bem como a variação de uma para a outra, na capitalização de mercados ou nas transações comerciais

exercidas por agentes de comércio exterior mediante importação/exportação de produtos ou serviços.

Consciente de tal conjuntura, os diversos ordenamentos jurídicos existentes passaram a editar regulações no sentido de se coibir práticas fraudulentas e prejudiciais ao sistema macroeconômico como um todo, seja a partir de normas de caráter administrativo manejadas ao controle dos procedimentos de trato destas movimentações financeiras, seja a partir da tipificação de condutas consideradas como criminosas a fim de se galgar o alcance mais eficaz do cumprimento dos regramentos administrativos, controladores do sistema financeiro.

O escopo do presente estudo é a análise do crime de evasão de divisas, num enfoque eminentemente jurídico, no bojo dos postulados colimados pelo princípio penal da intervenção mínima, também referenciado como a *ultima ratio* do direito penal.

O trabalho, que de longe almeja esgotar a questão, pretende realizar uma abordagem crítica da frágil necessidade de criminalização do crime de evasão de divisas, sob o prisma de análise da *ultima ratio*, bem como de traçar maiores desdobramentos acerca do alcance do tipo e suas decorrências no complexo normativo tracejado pelos órgãos governamentais que realizam atividade de controle e fiscalização sobre o sistema financeiro nacional.

1 BREVE ANÁLISE DA TIPOLOGIA DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS: ART. 22 DA LEI N.º 7.492/86

O crime de evasão de divisas encontra tipificação na Lei n.º 7.492/86 (Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional), *litteris*:

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.

As condutas delitivas encontram-se na cabeça do tipo penal e em seu parágrafo único, que apresenta condutas alternativas às quais é colimado o mesmo preceito secundário do *caput*.

Ponto comum entre as condutas é a proteção do mesmo bem jurídico, qual seja, o sistema financeiro nacional. De forma mais clara, o tipo penal almeja fornecer proteção ao equilíbrio do sistema financeiro com a manutenção do capital estrangeiro no país ou com o controle do capital estrangeiro – e sua remessa – ao exterior. Em síntese: o tipo penal almeja a proteção das reservas cambiais (das divisas).

É isento de dúvidas que as reservas cambiais de um país constituem um predicado de importância peculiar na manutenção da salubridade econômica de um Estado. Notadamente, a partir da consolidação de reservas cambiais sólidas é que se constata o equilíbrio econômico-financeiro de um país, bem como a confiança de investidores nos programas adotados pelo governo no manejo da economia nacional.

Em que pese a importância que deve ser concedida ao tema, adianta-se que não se mostra adequado a tipificação penal de condutas tendentes à ameaçar o equilíbrio das reservas cambiais – tal qual se assevera com a tipificação do crime de evasão de divisas -, isso sob à luz do princípio da intervenção mínima e sobre os auspícios dos ditames de política criminal. Tal se evidencia, sobretudo, a partir da análise que se fará neste capítulo e nos seguintes, quando minudenciados os aspectos do delito e sua regulamentação normativa.

A primeira conduta é "*efetuar operação de câmbio não autorizada*". Em linhas sucintas, operação de câmbio se refere à troca de moeda nacional por estrangeira (e vice-versa) destinada a uma finalidade econômica própria (investimentos, remessa de lucros ao exterior, entre outras). Cuidando-se de crime comissivo – o verbo núcleo do tipo é *efetuar* – importa dizer que pode ser praticado por qualquer pessoa (crime comum) e de forma livre.

É crime de mera conduta porque a lei não prevê resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo ao sistema financeiro nacional, por exemplo). O legislador se satisfaz com a previsão da conduta, sem exigir qualquer resultado para sua consumação. Tem-se, nos dizeres de Luiz Régis Prado que “sua simples realização consome o delito. Esta espécie delitiva carece do resultado como elemento do tipo objetivo (natural ou material) [...]”². Deve-se informar, contudo, que há voz dissonante na doutrina³, que tende a considerar o crime do art. 22, como crime formal.

A controvérsia é razoável, haja vista que a diferenciação entre as classificações de crime formal e de mera conduta é de frágil observação. Para a pretensão do presente artigo, advirta-se, eventual adoção de uma ou de outra teoria não se mostrará útil, pelo que resta satisfeita qualquer discussão acerca o tema.

A expressão “com o fim de promover evasão de divisas do País” denota o elemento subjetivo do tipo, que exige um especial fim de agir do agente. Veja-se que o tipo espera que o agente tenha a vontade de realizar a operação de câmbio. Por ausência de tipificação, não se pune a forma culposa.

Já o parágrafo único enumera o rol de condutas alternativas, também punidas nas penas disciplinadas no *caput*, ao disciplinar que incorre na mesma pena aquele que promover, **e novamente tem-se, sem autorização legal**, a transferência de moeda ou divisa para Estado estrangeiro ou, que mantenha depósitos não declarados ao órgão público federal competente. Da mesma forma, as condutas referem-se à delitos de mera conduta e comissivos. A inovação se dá com a conduta “mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente”, que apresenta traços de habitualidade.

As expressões, “não autorizada” e “sem autorização legal” suscitam ao tipo penal característica de norma penal em branco, vez que dependente de complementação normativa editada por ato administrativo, determinando o preceito de punibilidade do tipo. Em linhas gerais, a norma penal anuncia o

² PRADO, Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 6.ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. P. 240.

³ Como expoente, o professor Guilherme de Souza Nucci.

indicativo de conduta proibida ressalvado à parte integradora da norma (ato administrativo) a função de complementar o preceito legislativo, informando os elementos indispensáveis para a conformação da tipicidade.

Vale dizer que, segundo Juarez Cirino dos Santos, "As leis penais em branco exprimem a tendência moderna de *administrativização* do Direito Penal, com transferência de poderes punitivos a funcionários do Poder Executivo, ou a modalidades inferiores de atos normativos [...]"⁴. Conquanto o referido autor apresente severas críticas a esta tendência do direito penal, parece razoável a opção tomada pelo legislador quando da elaboração da norma. O sistema financeiro, as operações de troca de posições de investimentos, os inventários e protocolos de condutas nos aportes financeiros quase sempre se afiguram como de difícil compreensão pela maioria dos intérpretes do direito.

Não é por outra razão, portanto, que a Lei n.º 4.595/64 ao disciplinar as diretrizes políticas do sistema financeiro nacional previu a criação do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil (BCB) como os principais agentes de regulação e execução das regulamentações normativas de controle do SFM⁵. Aliás, frise-se, que a lei em seu artigo inaugural deixa claro que não somente os bancos estatais como o BCB, o Banco do Brasil e o Banco de Desenvolvimento Econômico, mas também as "demais instituições financeiras públicas e privadas".

É em razão dessa sintonia que, quando da edição da lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional, o legislador preferiu a integração da norma a partir de diretrizes administrativas expedidas pelo CMN e BCB, notadamente por considerar que tais instituições – aquela de caráter deliberativo e esta de caráter executivo – possuiriam capacidade técnica para a elaboração dos procedimentos e protocolos adequados ao controle da saída de capitais estrangeiros do país.

Por seu turno, a Lei n.º 9.069/95 – que instituiu o Plano Real e deu outras providências – disciplina em seu art. 65 a forma de ingresso e saída do país de moeda estrangeira e nacional, consignando que:

⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** Parte geral. Curitiba:IPC, Lumem Juris, 2006. p. 50.

⁵ Consoante leitura do art.3º, I e II; art. 4º, I e art. 9º, VII, da Lei n.º 4595/64.

Art. 65. O ingresso no País e a saída do País, de moeda nacional e estrangeira serão processados exclusivamente através de transferência bancária, cabendo ao estabelecimento bancário a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário.

§ 1º Excetua-se do disposto no caput deste artigo o porte, em espécie, dos valores:

I - quando em moeda nacional, até R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

II - quando em moeda estrangeira, o equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

III - quando comprovada a sua entrada no País ou sua saída do País, na forma prevista na regulamentação pertinente.

§ 2º O Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes do Presidente da República, regulamentará o disposto neste artigo, dispondo, inclusive, sobre os limites e as condições de ingresso no País e saída do País da moeda nacional.

§ 3º A não observância do contido neste artigo, além das sanções penais previstas na legislação específica, e após o devido processo legal, acarretará a perda do valor excedente dos limites referidos no § 1º deste artigo, em favor do Tesouro Nacional.

Apesar de pouco citada e de possui um papel coadjuvante no tratamento das remessas de capitais estrangeiros ao exterior, cumpre fazer anotação em relação à Lei n.º 4.131/62. A lei, que apesar de possuir certa senilidade ainda vige, trata dos critérios gerais de remessa de capitais estrangeiros ao exterior, possuindo maior importância no que respeita à obrigação de declaração de depósitos de capitais no exterior.

2 NORMAS INTEGRATIVAS DE REGULAÇÃO DO CÂMBIO, SAÍDA E CONTROLE DOS CAPITAIS ESTRANGEIROS

Como já alinhavado nas folhas que se seguiram, coube aos órgãos públicos reguladores do Sistema Financeiro Nacional a elaboração de normas administrativas que possibilitassem os procedimentos de controle e fiscalização da remessa e manutenção de capitais estrangeiros no exterior, de forma a preencher os elementos delineadores do tipo, especificando-se, assim, a forma

de remessa não autorizada ou a sua manutenção, sem o efetivo controle, que justificassem a reprimenda penal.

O intuito almejado pela lei foi alcançado vez que se criou uma diversidade de normas administrativas que traçam, de maneira detalhada, os procedimentos de remessa de capitais. Estabeleceu-se um efetivo controle de tais operações de modo à racionalizar mediante os procedimentos estabelecidos a movimentação do capital estrangeiro.

Num primeiro momento, deve-se ater à Resolução n.º 3.568/08, do Banco Central, que dispõe sobre o mercado de câmbio e capitais. O art. 1º da mencionada resolução administrativa esclarece que:

Art. 1º O mercado de câmbio brasileiro compreende as operações de compra e de venda de moeda estrangeira e as operações com ouro-instrumento cambial, realizadas com instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar no mercado de câmbio, bem como as operações em moeda nacional entre residentes, domiciliados ou com sede no País e residentes, domiciliados ou com sede no exterior.

Parágrafo único. Incluem-se no mercado de câmbio brasileiro as operações relativas aos recebimentos, pagamentos e transferências do e para o exterior mediante a utilização de cartões de crédito e de débito de uso internacional, bem como as operações referentes às transferências financeiras postais internacionais, inclusive vales postais e reembolsos postais internacionais.

Nesse sentido, tem-se que a movimentação de capitais estrangeiros (mediante operações de compra e venda), incluídas as operações relativas às transferências para o exterior são tidas como constituintes do que é chamado de "mercado de câmbio brasileiro".

A compra e venda, bem como a transferência internacional de moeda estrangeira – para fins de constituição de disponibilidades no exterior – poderão ser realizadas por pessoas físicas ou jurídicas, sem limitação de valor, observada a legalidade da transação a partir da fundamentação econômica da operação ⁶.

⁶ Conforme dicção do art.8º:

O art. 9º disciplina que as operações no mercado de cambio devem “atender às orientações e procedimentos previstos na legislação e regulamentação específica” (inciso I), devendo, igualmente, serem “registradas no Sistema de Informações Banco Central do Brasil [...]” (inciso II), observadas as disposições de natureza operacional, definidas pelo BCB. No parágrafo único, a resolução achou por bem excetuar do rigoroso protocolo de operações cambiais as operações de compra e venda de moeda estrangeira que não ultrapassem a soma de US\$ 3.000,00 (três mil dólares dos Estados Unidos), ou o seu equivalente em outras moedas.

Os demais artigos da Resolução 3.568 disciplinam regras mais específicas do mercado de câmbio – notadamente operações de compra e venda – exemplificando o rigoroso controle exercido pelo Banco Central no controle da movimentação de capitais estrangeiros.

A análise da Circular 3.280/05 (Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais), elaborada pelo Banco Central do Brasil, também é digna de relevo.

Fornecendo claras determinações acerca dos procedimentos de transferências de capitais internacionais, a extensa circular apresenta um norte a ser seguido pelos operadores do mercado financeiro, traduzindo-se como um verdadeiro tratado sobre as regras e disposições dos capitais estrangeiros. O delineio é feito de forma tão detida e rigorosa que a Circular possui três títulos, que por sua vez são divididos em capítulos, acumulando, ao todo, 250 laudas.

O Título I, Capítulo I, trata das disposições gerais do mercado de câmbio, esclarecendo, desde o item 2, que:

2. As disposições deste título aplicam-se às operações realizadas no mercado de câmbio, que engloba as operações:

Art.8º As pessoas físicas e as pessoas jurídicas podem comprar e vender moeda estrangeira ou realizar transferências internacionais em reais, de qualquer natureza, sem limitação de valor, sendo contraparte na operação agente autorizado a operar no mercado de câmbio, observada a legalidade da transação, tendo como base a fundamentação econômica e as responsabilidades definidas na respectiva documentação§1º O disposto no caput compreende as compras e as vendas de moeda estrangeira, por pessoas físicas ou jurídicas, residentes, domiciliadas ou com sede no País, para fins de constituição de disponibilidades no exterior e do seu retorno.

a) de compra e de venda de moeda estrangeira e as operações com ouro-instrumento cambial, realizadas com instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar no mercado de câmbio, bem como as operações em moeda nacional entre residentes, domiciliados ou com sede no País e residentes, domiciliados ou com sede no exterior;

b) relativas aos recebimentos, pagamentos e transferências do e para o exterior mediante a utilização de cartões de uso internacional, bem como as operações referentes às transferências financeiras postais internacionais, inclusive vales postais e reembolsos postais internacionais.

No que respeita à forma de realização das operações, o item 13 determina que "Os pagamentos ao e os recebimentos do exterior devem ser efetuados por meio de transferência bancária ou, excepcionalmente, por outra forma prevista na legislação e neste Regulamento".

Já o item subsequente disciplina que:

13-A Nas remessas de recursos ao exterior, a respectiva mensagem eletrônica deve conter, obrigatoriamente, o nome, número do documento de identificação, endereço e número da conta bancária ou CPF/CNPJ do remetente da ordem, quando a forma de entrega da moeda pelo remetente não for débito em conta

Os mencionados dispositivos, ainda que presentes no título introdutório, já anunciam a tendência de regulação adotada pelos órgãos de regulação e antecipam o rigorismo presente nas regras específicas de trato das operações de câmbio e de remessa de capitais ao exterior. Note-se que é constante a exigência de que tais operações se deem na estrita observância da legalidade, bem como haja correta identificação (através de qualificação detalhada) dos agentes envolvidos nas operações. Não bastasse isso, exige-se ainda que o informe seja feito através do SISBACEN, sistema desenvolvido para prestação de informações ao BCB, sendo sua administração e responsabilidade atribuída à própria autarquia reguladora.

Na mesma direção, devem as instituições responsáveis pela intermediação das operações serem autorizadas a operar pelo BCB, a teor do disposto no item 1 do Título II, Capítulo I, *verbis*:

As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, autorizadas a operar no mercado de câmbio, podem dar curso, por meio de banco autorizado a operar no mercado de câmbio, a transferências para o exterior em moeda nacional e em moeda estrangeira de interesse de pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, devendo, para aplicação nas modalidades tratadas neste título, observar as disposições específicas de cada capítulo.

Assim, para que ocorram transferências para o exterior deve ser observada uma série de procedimentos de identificação, declaração e prestação de contas, seja por parte dos agentes envolvidos, seja por parte dos operadores responsáveis pela concretização das transferências.

O controle por parte do BCB é minucioso, burocrático, regimental. Frise-se que o controle por parte do Banco Central não se restringe à averiguação do cumprimento de suas determinações, como também à observância do recolhimento dos tributos devidos, cabendo à instituição interveniente a verificação e cumprimento destas obrigações.

Confira-se o item 7:

7. As operações de que trata este título devem ser realizadas com base em documentos que comprovem a legalidade e a fundamentação econômica da operação, bem como a observância dos aspectos tributários aplicáveis, cabendo à instituição interveniente verificar o fiel cumprimento dessas condições, mantendo a respectiva documentação em arquivo no dossiê da operação, na forma da regulamentação em vigor.

Com relação à manutenção de capitais estrangeiros em disponibilidades no exterior, o controle parece ser ainda mais veemente. O item 4, do mesmo título e capítulo, disciplina que:

4. As pessoas físicas e jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no Brasil, que possuam valores de qualquer natureza, ativos em moeda, bens e direitos fora do território nacional, devem declará-los ao Banco Central do Brasil, na forma, periodicidade e condições por ele estabelecidas.

Vale destacar que a exigência de declaração de capitais brasileiros no exterior advém da Lei n.º 4.131/62, do Decreto-Lei n.º 1.060/69 (alterado pela Medida Provisória 2.224/01) e pelas regulamentações administrativas do CMN e do BCB,

especialmente a Resolução n.º 3.854/10 e a Circular n.º 3.523/11 (que instituiu prazos para entrega das declarações no ano de 2011 considerando como ano-base, o ano de 2010).

O art. 2º da Resolução 3.854 é esclarecedor ao consignar que:

Art. 2º A declaração de que trata o art. 1º, inclusive suas retificações, deve ser prestada anualmente, por meio eletrônico, na data-base de 31 de dezembro de cada ano, quando os bens e valores do declarante no exterior totalizarem, nessa data, quantia igual ou superior a US\$100.000,00 (cem mil dólares dos Estados Unidos da América), ou seu equivalente em outras moedas.

Dessa feita, a obrigação de declarar não é genérica e extensível a todos os tipos de correntistas ou possuidores de depósitos de contas no exterior, exigindo-se a relativa soma de cem mil dólares (ou quantia superior) para que se opere a exigência de declarar. Da mesma forma que as operações de cambio ou de remessa de capitais ao exterior, é de se verificar a predominância do controle do BCB sobre as informações que, tal como nas operações de compra e venda de câmbio, deverão ser realizadas no meio eletrônico.

De muito mais valia à finalidade do presente trabalho é a pertinência do §1º, do mesmo artigo, que preceitua:

§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, as pessoas a que se refere o art. 1º ficam obrigadas a prestar declaração nas datas-base de 31 de março, 30 de junho e 30 de setembro de cada ano, quando os bens e valores do declarante no exterior totalizarem, nessas datas, quantia igual ou superior a US\$100.000.000,00 (cem milhões de dólares dos Estados Unidos da América), ou seu equivalente em outras moedas .

Para os grandes detentores de capitais (possuidores de quantia igual ou superior a cem milhões de dólares) o rigor no procedimento de declaração desses capitais é ainda mais acentuado, a saber, a exigência de declarações nos meses de março, junho e setembro. A estipulação de mais três databases certamente se deve à necessidade de se saber, com o maior controle possível, a localização e movimentação desses depósitos, vultuosos que são.

Não bastasse todo o cenário exposto, o art. 8º enumera as penalidades de multa, exigíveis em percentagem quando não obedecidas as regras de declaração dos capitais. As penalidades trafegam desde as condutas de não observância dos prazos para entrega da declaração, passando pelas incoerências ou incompletudes dos dados declarados, até a não prestação ou declaração falsa de capitais.

De acordo com o art. 1º da Medida Provisória n.º 2.224/01, as infrações estarão sujeitas à multas de até R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), valor significativo e, definitivamente, intimidador àquele que pretenda manter capitais no exterior sem declará-los ao BCB.

3 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O direito penal é orientado por uma série de princípios que informam o alcance do sistema penal, norteiam a criação técnica legislativa e legitimam o exercício do *jus puniendi* por parte do Estado.

Mais do que isso, segundo Luis Régis Prado os princípios “foram se impondo num processo histórico-político contínuo como basilares à sociedade democrática”⁷. Dessa maneira, a importância secular dos princípios redonda não de um momento histórico específico, uma epifania espontânea, mas de um longo processo de reflexão da própria sociedade, assumindo-se critérios históricos e políticos para o enfrentamento das mais variadas questões que se insurgiam à sociedade.

No sistema jurídico brasileiro a presença dos princípios é constante, seja nas codificações infraconstitucionais, seja na própria Constituição Federal, da qual emergem as diretrizes de todo o ordenamento. No que é relativo ao direito penal, a carta fundamental traz os mais importantes princípios que, repise-se, norteiam todo o sistema e garantem os direitos dos cidadãos frente ao direito de punir conferido ao Estado.

⁷ PRADO, Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. p. 128.

Os princípios aplicáveis ao direito penal podem ser classificados em princípios de natureza penal constitucional e princípios penais propriamente ditos, previstos na Constituição. A primeira classificação é constituída por princípios que, presentes na Carta Magna, operam como fundamentos genéricos aplicáveis ao direito penal, cujo sentido pode ser assumido também para os demais ramos do Direito (são exemplos os princípios da igualdade, necessidade, proporcionalidade, etc). A segunda vertente assume os princípios penais, derivados também da Constituição, que possuem natureza e sentido voltados para os fins do direito penal. São aplicáveis, portanto, somente aos institutos penalistas não possuindo aplicação, via de regra, nos demais ramos do Direito (são expoentes o princípio da individualização da pena, da culpabilidade, da legalidade, da taxatividade, entre outros). Destaque-se que para os fins do presente estudo o estudo exclusivo do princípio da intervenção mínima é essencial.

O princípio da intervenção mínima é um importante postulado a ser considerado quando da criação legislativa, especialmente na criação de tipos penais tendentes à proteção de determinados bens jurídicos. Isso porque, como já mencionado, o direito penal almeja a proteção de bens da vida tidos como importantes para a garantia da harmonia e estabilização das relações sociais.

Daí resulta o entendimento que justifica o caráter exclusivista do direito penal, que reserva a sua atuação às mínimas necessidades apresentadas pela sociedade, não se permitindo “proteger a moral, ou a ética, a religião ou obediência divina, os valores culturais enquanto tais ou supranacionais [...] os atos disfuncionais, os direitos subjetivos ou a norma (em si)”⁸.

A intervenção mínima – entendida também como *ultima ratio* do direito penal – revitaliza a função primordial do direito punitivo ao estabelecer limites para a criação de tipos penais, considerando legítima a criação de injustos penais somente quando verificada a importância do bem a ser tutelado e a necessidade de tipificação de condutas tendentes a agredi-lo. Forte nessas razões, não é legitimado ao direito penal a criação de normas repressivas quando os demais

⁸ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 1 v. p. 377.

ramos do Direito já possuem meios eficazes (sanções administrativas ou civis) para repressão das condutas atentatórias.

Na mesma linha, confira-se:

Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade⁹.

Os argumentos aquilatados também informam o caráter fragmentário do direito penal. Isso porque, na medida em que se pondera sobre a exclusividade de incidência do direito penal, admite-se que a seletividade dos bens a serem tutelados.

Veja-se:

Diante das limitações que acabam de ser alinhadas, conclui-se que a missão do Direito penal (do *ius libertatis*) tampouco é a de proteger todos os bens jurídicos considerados relevantes; e muito menos diante de todos os ataques a esses bens, senão que, penalmente, a única proteção proporcional e admissível é a de natureza fragmentária e subsidiária (admitindo-se com isso que o Direito penal é o último instrumento de que devemos nos valer para a proteção de bens jurídicos; em outras palavras, o Direito penal é uma *ultima ratio*.¹⁰

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a análise da intervenção mínima do direito penal possui destaque nos julgados das recorrentes medidas libertárias impetradas com o fito de trancar inquéritos policiais e ações penais em que se alega a existência do “crime de bagatela” e a aplicação do princípio da intervenção mínima. Nesse sentido, são ilustrativos os seguintes julgados: HC 100947/RS; HC 96376/PR; HC 97129/RS e HC 100316/SC.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal:** parte geral. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 11.

¹⁰ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais.** p. 377/379.

4 O CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS E SUA ANÁLISE SOB O PRISMA DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL

A análise da evasão de divisas sob a ótica da intervenção mínima do direito penal conduz à interessantes conclusões. Amparados pelos conceitos já estudados, pretende-se aprofundar a desnecessidade de criminalização da conduta, tida como criminosa, como medida de política criminal e em homenagem à hodierna tendência deflagrada pelo direito contemporâneo, tendente à adoção do direito penal mínimo.

Obviamente não se pretende vincar uma insurgência contra o regramento jurídico atual, mas, tão somente, estabelecer o debate do tema que, repise-se, encontra baliza nos mais atuais postulados da dogmática penal.

Como visto, o crime de evasão de divisas possui um conjunto de normas integrativas que possui caráter peculiar. Há um verdadeiro microsistema regulatório existente no âmbito dos órgãos reguladores do sistema financeiro nacional, constituído por resoluções e circulares que fornecem um protocolo rígido de procedimentos e de controle.

Todos os procedimentos de câmbio, remessa de capitais ao exterior e de declaração de disponibilidades de capital brasileiros no exterior parecem convergir no vigilante sistema de informações do Banco Central (SISBACEN) que consolida os mais diferentes informes de transações ocorridas no âmbito das instituições financeiras e agentes autorizados a operar no SFN.

Acresça-se, ainda, que há a exigência de que os agentes operadores do SFN sejam previamente autorizados pelo BCB para que exerçam a sua regular atuação. Da mesma forma, deve-se frisar que se exige, por parte destes agentes do sistema financeiro, o fiel cumprimento da legislação aplicável às operações envolvendo o trânsito de divisas, especialmente as que atinem à incidência tributária.

Todo este cenário permite o confronto do crime com os ditames da intervenção mínima, porquanto se afigura a desnecessidade da reprimenda penal ante a

consolidada regulamentação administrativa exercida pelo BCB. Não parece acertada a incidência do direito repressivo sobre condutas que possam ser devidamente coibidas a partir do regular exercício e cumprimento de disposições administrativas e cíveis, que são, diga-se de passagem, mais eficazes na retomada da harmonia social e na inibição de posteriores condutas violadoras. Assim o são em decorrência de se tratarem de resoluções e circulares administrativas já conhecidas no meio interbancário e que, via de regra, possibilitam a instituição de sanções de maneira mais célere do que a persecução judicial penal.

A adoção de um "direito penal mínimo", consoante o sistema esposado por Luigi Ferrajoli¹¹, parece ser uma alternativa eficaz para enfrentamento do tema. Ao endossar os postulados da intervenção mínima, admite o célebre doutrinador serem alternativas corriqueiro atual sistema penal recodificação do direito penal, com a despenalização das contravenções e dos crimes punidos com penas pecuniárias – que geralmente possuem figura replicada em normas não incriminadoras – a introdução de penas alternativas à detenção e a restauração de todo o processo acusatório.

Nesse viés, o crime de evasão de divisas representa uma desnecessária criminalização de uma conduta que, repise-se, poderia ser coibida através da aplicação dos demais ramos do direito. Veja-se que há a expressa e progressiva previsão de aplicação de multas vultuosas àqueles que desrespeitarem os procedimentos de movimentação do capital estrangeiro – seja no âmbito das operações de câmbio, remessa destes valores ao exterior ou manutenção de depósitos.

Da mesma maneira, não parece crível que a existência de um tipo penal que criminaliza as condutas de *efetuar operação de câmbio não autorizada*, com o fim de evasão de divisas, *não declarar a presença de disponibilidades no*

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Crisi della legalità e diritto penale minimo. In: CURI, Umberto. PALOMBARINI, Giovanni. CACCIARI, Massimo (coord.). **Diritto penale minimo**. Roma: Donzelli Editore, 2002. p. 10. Transcrevemos importante excerto do autor: "Come paradigma meta-teorico, "diritto penale minimo" designa una doutrina che giustifica il diritto penale se e solo se è in grado di realizzare due scopi: la prevenzione negativa o, almeno, la minimizzazione delle offese a beni e a diritti fondamentali e la prevenzione a minimizzazione delle punizioni arbitrarie; in una parola se e solo se è uno strumento di minimizzazione della violenza e dell'arbitrio che in sua assenza si produrrebbero".

exterior, promover a saída de moeda ou divisa para o exterior pode ser eficaz na coibição de ulteriores condutas ou na busca da harmonização da sociedade.

Isso porque o bem jurídico tutelado - a estabilidade sistema financeiro nacional - pode ser objeto de proteção por outros ramos do direito, notadamente pelo direito econômico e financeiro. Importante frisar que, observados os trâmites legais, a saída de capitais estrangeiros, não possui qualquer restrição.

A manutenção das divisas em um país se deve a uma diversidade de fatores, que vagam desde o comportamento político-financeiro traçado pelo governo do país até a economia mundial, na medida em que muitas operações financeiras regulares (como a remessa de capitais por empresas multinacionais para se garantir a manutenção do equilíbrio contábil de controladoras domiciliadas no exterior) podem conduzir à um certo desequilíbrio na escorreita estabilidade do sistema financeiro.

Em se tratando da conduta do *caput* o tipo penal parece se distanciar da realidade. Em razão da livre negociação das taxas de câmbio é bem sabido que o câmbio negro (aquele que é realizado sem qualquer controle por parte do BCB) é hoje o principal protagonista do mercado financeiro, principalmente quando se verifica que o seu fomento é motivado por indivíduos detentores de capacidade financeira regular. Assim, a adequação da dimensão do tipo à conduta do agente, com visio ao preenchimento do específico fim de agir do agente, é uma tarefa problemática no campo material.

Quando se voltam os olhos em atenção às condutas explanadas no parágrafo único do art. 22, especialmente à manutenção de depósitos não declarados, conclui-se que a vontade da lei não visa a proteção do sistema financeiro nacional, mas ao atendimento das determinações administrativas expedidas pelo Banco Central. Se existem depósitos no exterior, com o fim de manutenção de disponibilidades, obviamente já houve o egresso do capital; o fim da lei é, portanto, a proteção às normas administrativas, ao controle exercido pela "repartição federal competente", institutos que não podem, e não devem ser admitidos como bens jurídicos passíveis de tutela pelo direito penal.

Frise-se, novamente, que o direito penal não se presta à proteção da própria norma.

Ademais, deve-se avaliar o custo do crime frente à atuação do Estado, seja no exercício da jurisdição ou no cumprimento das medidas sancionatórias, auferindo-se a viabilidade da reprimenda e as consequências sociais advindas do exercício do direito de punir.

O crime como manifestação social traz consigo imensuráveis problemas individuais e coletivos que se projetam necessariamente no plano econômico e se traduzem em um gasto enorme para a economia estatal. Do ponto de vista econômico, esse custo crescente do delito parece acompanhar-se de um incremento cada vez maior da criminalidade [...] ¹².

No caso do crime estampado no art. 22, da Lei n.º 7.492/86, essa análise toma relevo diante dos escassos casos enfrentados pela atuação jurisdicional. Primeiramente, a própria natureza do delito impõe que o sujeito ativo seja detentor de uma relevante quantidade de dinheiro (que ultrapasse, no mínimo, dez mil reais) para que ocorra a consumação do delito e a incidência da ilegalidade da operação. As normas integrativas do tipo penal excetam a necessidade do rigor procedimental para os casos de operações de remessa e câmbio que não excedam dez mil dólares; da mesma forma, verifica-se a desnecessidade de declaração de depósitos cujo montante não ultrapasse a soma de cem mil dólares e, ainda, a desnecessidade de declarações trimestrais para disponibilidades no exterior que não alcancem o montante de cem milhões de dólares. Veja-se que o próprio regramento disciplina situações que admite não ser necessário o controle por parte do Estado.

O segundo apontamento, que decorre da primeira observação, denota a disparidade da conduta criminosa com a atual situação socioeconômica do país. Ora, o Brasil é um país notadamente marcado pela desigualdade social, em que grande parte da população sequer possui condições de arcar com os custos da própria sobrevivência, o que dizer com os custos das transferências relocação dos capitais (divisas).

¹² CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 58.

Alinhando-se ao argumento que informa o caráter elitista do delito, chega-se à conclusão de que o custo do delito é inviável, já que somente uma minoria da população, os detentores de relevante poderio econômico, pode ser admitida, no campo fático, como agentes do delito. Mais especificamente, poder-se-ia dizer que somente grandes detentores de fortunas milionárias e empresas de grande porte poderiam possuir condições financeiras de engendrar as condutas previstas no tipo; frise-se, aliás, que estas deverão, ainda, agir em desrespeito às normas diretivas do Banco Central e fora do alcance das exceções previstas nas normas integrativas.

Na verdade, é ainda mais rara a ocorrência do crime de evasão de divisas, enquanto delito exclusivo praticado pelo agente. A experiência demonstra que usualmente o crime de evasão de divisas é cometido com o fim de garantir o cometimento de outros crimes correlatos, tais como a lavagem de capitais e os crimes de sonegação fiscal.

Destarte, corriqueiramente se verifica que a vantagem perseguida com a evasão de divisas não é a mera relocação, ilegal, do capital ou sua manutenção no exterior. Muito mais que isso, visa-se a não incidência de tributos ou o acobertamento da ilicitude do capital, mediante o seu reingresso no país. Apesar da inter-relação existente entre esses tipos penais, deve-se lembrar que se tratam de institutos distintos, que tutelam bens jurídicos diversos, cada qual dotado de particularidades próprias.

Essa estreita relação existente, especialmente se consolidada a partir do concurso de crimes, não justifica, por si só, argumentos contrários à descriminalização do crime de evasão de divisas. Sedimentar a tese de que a existência de um crime visa à inibição de outro – ou a maior penalização do agente – implica em efetivar o Direito Penal Simbólico, vertente que contraria o garantismo penal.

O direito penal não se presta à satisfação das pretensões sociais criadas a partir de casos símbolos, ou de sentimentos vagos decorrentes das aspirações sociais que intentam o excesso da atuação punitiva do Estado, com vistas à consecução

de uma segurança simbólica exercida a partir da hipertrofia das atividades legislativas. Adoção de postura diversa conflita diretamente com os postulados da intervenção mínima, da última razão do direito penal.

Por fim, anote-se que a efetividade do direito penal, tomando voz comum à doutrina mais moderna, surte na adoção da eficácia como princípio político-criminal. Sheila Jorge Selim de Sales fornece interessante lição sobre a questão ao asseverar que:

O sistema penal deve ser concebido como instrumento de proteção a bens jurídicos mediante cominação de pena, prevalecendo tal primado sobre aquele do seu uso meramente *simbólico*. Isso implica, para além do abandono de uma legislação irracional, *e.g.*, a denominada "lei dos crimes hediondos", a orientação do sistema penal para fins de prevenção geral positiva, para agregar *consenso*, porque construído sobre a ideia da exigência de proteção de bens jurídicos.¹³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelas linhas delineadas no presente estudo, elaboradas sob a égide da principiologia penal e considerando-se os critérios fornecidos pela realidade social, não se pretende o esgotamento de tema ou o anúncio rígido e combativo ao ordenamento jurídico.

Com a permissão que é concedida a todos os operadores do direito, que são legitimados a pensá-lo sob as mais variadas interpretações, a tese de descriminalização do crime de evasão de divisas parece pertinente ao atual momento da sociedade brasileira e totalmente alinhado com os ditames de política criminal fornecidos pela mais novel dogmática penal.

A ciência jurídica, principalmente o direito penal, não deve se aperfeiçoar com vistas ao cumprimento irracional do ordenamento jurídico, mas em atenção à evolução da sociedade, das transformações sociais, sem, todavia, deixar-se dominar por sentimentos simbólicos, irracionais e de garantia da própria lei.

¹³ SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 114.

A evasão de divisas possui especial importância no campo do direito brasileiro, essencialmente se considerados os movimentos financeiros que são realizados por investidores internacionais os quais são, indubitavelmente, necessários ao crescimento econômico do país. Não se afigura prudente, contudo, a criação de tipos penais absolutamente desnecessários, nos termos aquilatados no presente trabalho, especialmente quando conhecido todo o microsistema que norteia o trânsito de capitais.

A tese ora apresentada não deve ser admitida enquanto uma insurgência irresponsável a décadas de positivização, mas como uma opinião diligente e fundamentada nos mais excelsos princípios de direito penal que, antes de fundamentar e dirigir o próprio direito, entabulam os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos que são os destinatários finais da norma.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Circular n.º 3.280, de 09 de março de 2005.** Institui o Regulamento de Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI).

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2009.

_____. **Decreto-lei n.º 1060, de 21 de outubro de 1969.** Dispõe Sobre a Declaração de Bens, Dinheiro Ou Valores, Existentes No Estrangeiro, a Prisão Administrativa e o Sequestro de Bens por Infrações Fiscais e da Outras Providências.

_____. **Medida provisória n.º 2.224, de 4 de setembro de 2001.** Estabelece multa relativa a informações sobre capitais brasileiros no exterior e dá outras providências.

_____. **Lei n.º 4.131/62, de 03 de setembro de 1962.** Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências.

_____. **Lei n.º 4.595/64, de 31 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias. Cria o conselho monetário nacional e dá outras providências.

_____. **Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986.** Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências.

_____. **Lei n.º 9.069, de 29 de junho de 1995.** Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcíá-Pablos de. **Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 1 v.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal:** parte geral. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução 3.568, de 29 de maio de 2008.** Dispõe sobre o mercado de câmbio e dá outras providências.

_____. **Resolução n.º 3.854, de 27 de maio de 2010.** Dispõe sobre a declaração de bens e valores possuídos no exterior por pessoas físicas ou jurídicas, residentes residentes, domiciliadas ou com sede no país.

FERRAJOLI, Luigi. Crisi della legalità e diritto penale minimo. In: CURI, Umberto. PALOMBARINI, Giovanni. CACCIARI, Massimo (coord.). **Diritto penale mínimo.** Roma: Donzelli Editore, 2002.

PRADO, Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte geral. 6.ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** Parte geral. Curitiba:IPC, Lumem Juris, 2006.