



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

RAQUEL GOMES MARTINS

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS E A
RELEVÂNCIA PENAL DA MANUTENÇÃO DE VALORES NO EXTERIOR**

FORTALEZA
2013

RAQUEL GOMES MARTINS

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS E A
RELEVÂNCIA PENAL DA MANUTENÇÃO DE VALORES NO EXTERIOR

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito. Área de Concentração: Direito
Constitucional e Direito Penal.

Orientador: Prof. Samuel Miranda Arruda

FORTALEZA
2013

RAQUEL GOMES MARTINS

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS E A
RELEVÂNCIA PENAL DA MANUTENÇÃO DE VALORES NO EXTERIOR

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito. Área de Concentração: Direito
Constitucional e Direito Penal.

Orientador: Prof. Samuel Miranda Arruda

Aprovada em ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Samuel Miranda Arruda (Orientador).
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Francisco de Araújo Macêdo Filho
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Carlos e Miraneide.
A todos os Mestres da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Ceará.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, razão da minha existência, em primeiro lugar, a capacitação concedida, sem a qual não poderia ter sido realizada a presente monografia.

Aos meus pais, Carlos e Miraneide (*in memoriam*) e meus padrinhos, Carlos e Anita, por sempre acreditarem em mim e por me apoiarem em todos os momentos da minha vida. Aos meus irmãos, Carlos Filho e Arthur, pelo incentivo e amizade.

Agradeço a toda a família pelo constante apoio e paciência, pela presença nos momentos mais importantes da minha vida, assim como aos meus amigos, que com suas particularidades me inspiram com seus exemplos de determinação e superação.

Às amigas de faculdade Raissa Melo e Natalia Rosalmeida, companheiras de estudos durante os cinco anos de vida acadêmica, fundamentais para a conclusão e realização dessa conquista.

Ao meu orientador Professor Samuel Miranda Arruda, o agradecimento especial pela oportunidade do aprendizado, pela aceitação em orientar-me, pela paciência ao longo da caminhada, pela confiança em mim depositada, pelas lições de sabedoria e humanismo, as quais guardarei com eterna gratidão. Igualmente, ao colega Frederico Martins pela amizade, apoio e incentivo e pelas orientações sem as quais não teria conseguido concretizar o trabalho.

Aos professores Francisco de Araújo Macedo Filho e Hugo de Brito Machado Segundo, por aceitarem participar da banca examinadora desta monografia.

RESUMO

Caracteriza-se como ilegítima e ofensiva ao princípio da intervenção mínima vigente no direito penal a eleição da política governamental de proteção às reservas cambiais do país através da criminalização da conduta de remeter divisas ao exterior como objetividade jurídica no campo da *ultima ratio*. Ademais, a Constituição Federal de 1988 assegura a liberdade de locomoção, conforme o Art. 5º, XV, que preleciona, in verbis: “XV - *é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*”. Destarte, o artigo 22 da Lei 7.492/1986 impõe uma excessiva intervenção penal que não condiz com o estado democrático de direito vigente na atualidade. Devido às posteriores criminalizações efetuadas pelas Leis 8.137/90, que protege a ordem tributária, e Lei nº 9.613/98, que tipifica o crime de lavagem de dinheiro, além da previsão no Código Penal Brasileiro dos crimes contra as finanças públicas (artigos 359-A a 359-H do CPB), não se justifica mais a existência do delito de evasão de divisas, tendo em vista que os crimes mencionados acima desempenham muito bem a tarefa de proteção do bem jurídico que se pretende preservar com a criminalização da conduta: a política econômica estatal *latu sensu*. Com efeito, ocorre o malferimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em razão da estipulação de pena privativa de liberdade para o agente que pratica a conduta abrangida pelo tipo penal em comento. Conclui-se que o crime em estudo é eivado de inconstitucionalidade material.

Palavras chave: Evasão – Divisas – Lavagem de dinheiro - Câmbio – Moeda – Bem Jurídico Protegido – Constitucionalidade – Direito Penal Econômico

ABSTRACT

Characterized as illegitimate and offensive to the principle of minimum intervention force in criminal law the election of government policy to protect foreign reserves of the country through the criminalization of conduct to remit foreign currency abroad as objectivity in the legal field of *ultima ratio*. Moreover, the 1988 Constitution guarantees freedom of movement, as Article 5, XV, who orders, *verbis*: “XV - is free the locomotion in the country in time of peace, and any person under the law who enter him, remain or leave it with his possessions.” Thus Article 22 of Law 7.492/1986 imposes unduly penal intervention that is not consistent with the democratic estate of law in force today. Due to subsequent criminalization made by Laws 8.137/90, which protects the tax system, and Law 9.613/9, which typifies the crime of money laundering, as well as forecasting the Brazilian Penal Code of crimes against public finances (Articles 359 - the 359- H of the CPB), is no longer justified the existence of the crime of tax evasion, considering that the crimes mentioned above play very well the task of the legal protection that is intended to preserve the criminalization of conduct: the state economic policy in a broad sense. Indeed, occurs violation to the principles of reasonableness and proportionality due to the stipulation of deprivation of liberty for the agent who practices criminal conduct covered by the type under discussion. We conclude that the crime in question is riddled with material unconstitutionality.

Keywords: Evasion - Currencies - Money laundering - Currency Exchange - Currency - Legal Value Protected - Constitutionality – Economic Criminal Law

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS.....	11
2.1. Princípio da Legalidade.....	12
2.2. Princípio da Intervenção Mínima.....	15
2.3. Princípio da Proporcionalidade.....	17
2.4. Princípio da Livre Locomoção no Território Nacional.....	20
3 O CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS.....	24
3.1 Antecedentes históricos.....	24
3.2. Bem jurídico protegido.....	27
3.3 Condutas típicas.....	34
3.4 Conceito de divisas para fins de imputação do crime.....	38
3.5 Diferença entre evasão de divisas e lavagem de dinheiro.....	42
4 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	45
4.1. Considerações iniciais.....	45
4.2. Ofensa ao princípio da <i>ultima ratio</i> do Direito Penal.....	47
4.3. O malferimento da garantia constitucional da livre locomoção no território nacional.....	58
4.4. Da desnecessidade de criminalização das condutas abrangidas pelo tipo – inobservância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.....	61
4.5. Considerações finais.....	64
5. CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS.....	71

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar a compatibilidade do crime de evasão de divisas com a Constituição da República de 1988, bem como aferir se o referido crime ofende o princípio da *ultimo ratio* do Direito Penal.

Criado pela Lei 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências, a criminalização da conduta objeto desta pesquisa foi fruto de um contexto econômico caracterizado pela escassez de divisas internacionais, em que havia uma necessidade inexorável do governo federal de acesso fácil à moeda estrangeira, para fazer frente aos pagamentos internacionais, em virtude das sucessivas crises cambiais, período no qual o Brasil vivia uma situação de alta dependência do capital externo para equilíbrio do balanço de pagamentos. Dessa forma, os controles cambiais eram focados na restrição de fluxos de moeda estrangeira.

Assim, caminhando na direção contrária ao direito constitucionalmente assegurado, a criminalização da chamada evasão de divisas suprimiu a garantia constitucional estatuída no inciso XV no artigo 5º da Lei Maior, da livre locomoção no território nacional em tempo de paz, impondo uma excessiva intervenção penal que não condiz com o estado democrático de direito vigente na atualidade.

Nesse contexto, quase trinta anos após o surgimento do referido crime, já é possível fazer uma análise que seja imune às influências políticas, econômicas e sociais próprias daquela época. É aí, portanto, que reside a importância do presente estudo: analisar, de forma serena e, ao mesmo tempo, com precisão científica, a compatibilidade entre o delito de evasão de divisas e a Constituição, refletindo acerca dos riscos que a criminalização dessa conduta pode acarretar ao estado garantista atualmente vigente no Brasil.

Para tanto, no primeiro capítulo deste trabalho, procurou-se analisar diversos princípios constitucionais relacionados ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal e que têm aplicação no âmbito dos crimes contra o sistema financeiro nacional, mais especificamente o de evasão de divisas. Aqui, vale salientar a importância dos princípios para o objeto deste estudo, uma vez que são eles que servirão de fundamento para a conclusão pela compatibilidade ou não do delito com a Constituição da República.

Em um segundo momento, passou-se a descrever o crime previsto no artigo 22 da Lei 7.492/1986, analisando-se os seus antecedentes históricos, o bem jurídico protegido, suas condutas típicas, o conceito de divisas para fins de imputação do crime, diferenciar do crime de lavagem de dinheiro, bem como analisar se as medidas adotadas pelo Brasil no

intuito de reprimir a prática da conduta de evasão cambial são eficazes. Além disso, ainda no segundo capítulo, explicitou-se os principais aspectos dos ditos crimes do colarinho branco, os quais são alvo de diversas críticas por parte da doutrina especializada.

Finalmente, no terceiro capítulo, passou-se à aferição propriamente dita da compatibilidade entre o delito de evasão de divisas e a Constituição Federal, examinando-se os principais vícios inerentes ao crime, à luz dos direitos e garantias fundamentais assegurados ao indivíduo e princípios do Direito Penal, a fim de se chegar a uma conclusão definitiva acerca da constitucionalidade do dispositivo.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS

Ab initio, convém esclarecer a definição de princípio. Princípio, ao lado das regras, é uma espécie normativa. Ao longo da história do direito, esse tipo de norma vem adquirindo papel cada vez mais central, dividindo, com as tradicionais regras, o foco de estudo dos juristas¹. Os princípios, assim como as regras, são normas. A distinção entre esses dois elementos é objeto de dissenso entre os doutrinadores do direito.

Para alguns teóricos, a diferença entre princípio jurídico e regra apresenta um caráter lógico. Tanto princípios quanto regras são conjuntos de padrões que apontam para decisões particulares acerca das obrigações legais, mas diferem no tipo de direção que apontam. A regra tem uma única dimensão: a da validade. Se for válida, a regra deverá ser aplicada integralmente, em sua inteireza, ou não ser aplicada.

Os princípios jurídicos podem ser definidos como sendo um conjunto de padrões de conduta presentes de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico. O princípio diferencia-se da regra pela sua estrutura, na qual não há conseqüente jurídico. Efetivamente, o princípio é uma norma que apenas estabelece um fim a ser buscado, é um *mandamento de otimização*², que traça a direção a ser seguida pelos operadores do direito na busca do fim colimado.

Em caso de conflito entre regras, uma poderá ser excluída do ordenamento, ou, ainda, em casos mais ambíguos, aquela que apresentar maior poder descritivo e regulador prevalecerá. O critério de desempate, diferentemente da situação de colisão de princípios, não se dá por uma regra “superar a outra em virtude de seu maior peso”, mas sim por uma questão técnico-descritiva.

O princípio, por sua vez, apresenta a dimensão de peso ou importância, não fazendo sentido falar em validade. Dentre os princípios aplicáveis ao caso concreto, será eleito aquele que apresentar maior peso relativo aos demais em face da situação concreta. Nesse contexto, faz sentido o seguinte questionamento: qual princípio é o mais importante nesse caso? Assim, será escolhido aquele que for eleito como sendo mais relevante. O princípio eventualmente deixado de lado continuará existindo e poderá ser evocado em outro momento, sem qualquer tipo de consequência a sua existência e sua aplicabilidade.

1 Sobre o gradual aumento da importância dos princípios na história do direito brasileiro, v. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória, p. 50.

2 Aprofundando o conceito de princípio, v. ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva.

Assim, os princípios, diferente das regras, podem ser atendidos em maior ou menor grau, não possuindo uma rígida concepção de obediência. Destarte, conclui-se que regras são comandos definitivos, enquanto princípios são requisitos de otimização. Se a regra é válida e aplicável, esta requer que seja feito o que se prevê na sua íntegra. Já os princípios são normas que exigem que algo seja realizado em seu maior nível possível, dadas as condições do caso em análise, contendo assim uma ideia de gradação. Feita essa introdução, passa-se à análise dos princípios em espécie.

2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade encontra previsão no inciso XXXIX do artigo 5^a da Constituição Federal, que estabelece: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, preceito repetido no artigo 1^o do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Tais dispositivos já se encontravam presentes no artigo 153, §16 da Carta Constitucional de 1967, no §27 do artigo 141 da Constituição de 1946, no artigo 122 da Constituição de 1937, no §26 do artigo 113 da Constituição de 1934, no §15 do artigo 72 da Constituição de 1981 e que constava do §11 do artigo 179 da Constituição do Império de 184, *in verbis*: “ninguém será sentenciado senão por autoridade competente e em virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita.”

Trata-se do mais importante instrumento constitucional de proteção individual no Estado Democrático de Direito, com origem no fim do século XVIII, cuja função precípua é proteger os cidadãos do arbítrio estatal, sendo um verdadeiro corolário do liberalismo.

Nelson Hungria³, ao tratar das origens do princípio da legalidade, assim aborda, com precisão, que durante toda a Idade Média, em que prevaleceu o direito consuetudinário, “permitiu-se o *plenum arbitrium* dos juízes. Foi a idade de ouro das penas arbitrárias. Ao juiz só era vedado, quanto muito, excogitar uma espécie nova da pena. E ao lado do arbítrio do juiz ainda havia o arbítrio do rei, de que foram atestado, em França, os célebres *lettres de cachet*.”

Ainda sobre a o antecedente histórico do surgimento do princípio da reserva legal, José Frederico Marques⁴ ensina que

3 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v.1, t.1. p.26

4 MARQUES, Frederico José. Tratado de Direito Penal. Campinas: Bookseller, 1997. p 181-182

As raízes do princípio de reserva legal nas normas punitivas encontram-se no Direito Medieval, mormente nas magníficas instituições do direito ibérico. Nas Cortes de Leão, em 1186, declara AFONSO IX, sob juramento, que não procederá contra a pessoa e propriedade de seus súditos, enquanto não fossem chamados 'perante a Curia'. E nas cortes de Valladolid foi proclamado, em 1299, que ninguém pode ser privado da vida ou propriedade enquanto sua causa não for apreciada segundo o '*fuero*' e o Direito. Em 1351, essas mesmas Cortes pediram a Pedro I que ninguém fosse executado ou preso sem investigação do foro e direito, no que acedeu o rei. E essa promessa foi depois renovada com ênfase por Henrique II, nas Cortes de Toro, em 1371.

Sobre a necessidade de conferir segurança jurídica à sociedade, Paulo Bonavides⁵ esclarece que o princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

“Antes de ser um critério jurídico-penal, o *nullum crimen, nulla poena sine lege* é um princípio político pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado. Em reação à estatolatria medieval, adotou-o a Revolução Francesa, incluindo-o em fórmula explícita, entre os direitos fundamentais do homem; e somente o retorno ao ilimitado autoritarismo do Estado pode explicar o seu repúdio nos últimos tempos, como aconteceu na Rússia Soviética e na Alemanha de Hitler.”⁶

Tal princípio não impõe apenas a preexistência de lei incriminadora ao cometimento do delito, como também define as infrações penais. Obriga que no preceito primário do tipo penal incriminador exista uma definição clara e precisa da conduta a ser proibida, vedando-se a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos, que impossibilitem a delimitação da conduta reprimida pelo Direito Penal.

Consoante a doutrina do mestre Rogério Greco⁷, o princípio da legalidade possui quatro funções principais: proibir a retroatividade da lei penal, proibir a criação de crimes e penas pelos costumes, proibir o emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas e proibir incriminações vagas e determinadas.

5 BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política*, p. 112.

6 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v.1, t.1. p.12

7 Para um aprofundamento acerca das funções da legalidade, v. GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal parte geral*, p. 96.

Segundo a primeira função, deve-se compreender que todos têm a garantia de não serem penalmente punidos por um fato que, ao tempo da ação ou omissão, não estava tipificado em norma penal incriminadora. A exceção à irretroatividade, como cediço, ocorre quando a lei posterior vier a beneficiar o agente.

A vedação à criação de penas pelos costumes, em contrapartida, vem enfatizar a segurança jurídica, extinguindo práticas comuns no direito romano e medieval. Destarte, a fonte imediata do Direito Penal é a lei, sem a qual não é possível aplicar sanções dessa natureza.

Ademais, o princípio da legalidade também tem a função de vedar o uso da analogia *in malam partem*, que, em regra, é admitida nas outras áreas do Direito. Portanto, em matéria criminal, não havendo previsão expressa, não pode o aplicador do direito utilizar-se da analogia para abranger situações não previstas na norma incriminadora, ainda que sejam extremamente similares aos lá expressos. Nada obstante ser criticada pelo senso comum social, especialmente quando se trata de hipóteses semelhantes e não há previsão de uma delas, é preciso compreender que a referida vedação representa uma garantia do cidadão, sem qual seria mais difícil protegê-lo de determinados arbítrios estatais praticados por determinados governos.

Depreende-se da quarta função da legalidade – proibir incriminações vagas e determinadas – a obrigação de taxatividade da norma. Com efeito, é imprescindível que o tipo incriminador defina precisamente a conduta proibida ou imposta pela lei, sendo vedado, dessa forma, a existência de tipos com conceitos genéricos ou vagos.

Nessa esteira, importante identificar a classificação das leis quanto ao conteúdo: a lei é completa quando dispensa complemento valorativo (aquele realizado pelo juiz) ou normativo (por outra norma); será incompleta, em contrapartida, quando necessitar de complemento valorativo ou normativo.

As leis incompletas, por sua vez, subdividem-se em duas: o tipo aberto, dependente de complemento valorativo, a ser realizado pelo julgador no caso concreto, caso em que deve haver o mínimo de determinação sob pena de ferimento ao princípio da legalidade; e a norma penal em branco, cujo preceito primário não é completo, dependendo de complemento normativo, a ser dado por outra norma.

O que nos interessa, nessa seara, é a hipótese da norma penal em branco heterogênea, cuja complementação é originária de outra instância legislativa, diversa da norma a ser complementada. Dessa forma, as condutas típicas do crime de evasão de divisas,

objeto do presente estudo, são regulamentadas por atos administrativos emanados do Poder Executivo, principalmente as circulares do Banco Central, como será visto adiante.

Faz-se necessário esclarecer, ainda, a distinção elaborada pela doutrina entre legalidade formal e legalidade material.

Nesse ponto, a legalidade formal deve ser entendida como a obediência aos trâmites procedimentais disciplinados na Constituição para que um diploma legal possa ser inserido no ordenamento jurídico pátrio, ou seja, a observância do devido processo legislativo.

Procura coibir que um dispositivo legal seja introduzido no ordenamento contendo vício de iniciativa, de quórum, ou mesmo da tramitação de forma geral, conduzindo à ilegalidade em seu aspecto formal.

No que diz respeito à legalidade material, pode-se defini-la como a observância, durante a edição da lei, do conteúdo material das normas constitucionais, tais como as garantias e os direitos fundamentais expressos na Carta Magna, de forma que estes sejam respeitados pelas normas infraconstitucionais. Deve haver congruência das normas inferiores à Constituição, de forma a evitar suprimir preceitos nela estipulados.

Nesse particular, o que se pretende demonstrar ao longo desse trabalho é que o artigo 22 da Lei 7.492/1986, dentre outros vícios, também padece de inconstitucionalidade por malferir o princípio da legalidade, por se tratar de norma penal em branco heterogênea, conforme será explanado em título próprio.

2.2. Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, consiste em instrumento limitador do poder punitivo estatal, de maneira a inibir a criminalização desenfreada de condutas que podem ser reprimidas por outros meios, como nas esferas cível e administrativa, por exemplo.

Muñoz Conde⁸, ao tratar do princípio em estudo, assim preleciona:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito.

8 MUNÓZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal, p. 59-60.

A interferência do Direito Penal deve ser mínima, de modo a ater-se à repressão de condutas ilícitas cujos demais ramos do Direito revelem-se ineficazes para coibir a prática. Somente deve haver a criminalização de condutas que atinjam bens jurídicos considerados de extrema importância. Nessa esteira é a lição de Cezar Roberto Bitencourt⁹:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. 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 sociedade.

Ainda tratando do caráter subsidiário do Direito Penal, Roxin¹⁰ assevera que

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais etc. Por isso se denomina a pena como a 'ultima ratio da política social' e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.

Importante ressaltar que só deve ser aplicado o Direito Penal quando estritamente necessário, dado o seu caráter subsidiário, de modo que sua interferência fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle, e o caráter fragmentário, abrangendo somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado.

Nesse sentido se posiciona a doutrina de Rogério Sanches¹¹, aduzindo que

O Direito, independentemente do ramo em que se considere, tem a função precípua de garantir a manutenção da paz social, solucionando ou evitando conflitos de forma a permitir a regular convivência em sociedade. Por isso, normas, por exemplo, de Direito Civil determinam que, uma vez praticado um ato ilícito, faz-se necessária a reparação, e, por sua vez, o Direito Processual Civil prevê mecanismos aptos a compelir o autor de tal ato a remediar o dano causado.

9 BITENCOURT, Cezar Roberto. Lições de direito penal – Parte geral, p. 32.

10 ROXIN, Claus. Derecho penal, t. I. p.65.

11 SANCHES, Rogério. Manual de Direito Penal. Parte geral. p. 67.

Há casos, contudo, em que somente o Direito Penal se mostra capaz de inibir a ocorrência de atos ilícitos ou de puni-los adequadamente, na proporção da lesão ou do perigo a que submeteram determinado bem jurídico, dotado de relevância para a manutenção da convivência em sociedade de forma pacífica.

Na mesma linha, Heleno Cláudio Fragoso¹² enfatiza que

Desde logo se deve excluir do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor social importante. Não é mais possível admitir incriminações que resultem de certa concepção moral da vida, de validade geral duvidosa, sustentada pelos que têm poder de fazer a lei. Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, fruto de larga experiência negativa.

Nesse ponto, conforme será demonstrado nos capítulos seguintes, a criminalização das condutas de remeter valores para o exterior, em quantia superior ao equivalente a R\$10.000,00 e manter depósito no exterior, não declarado ao Banco Central, em valores superiores ao equivalente a US\$ 100.000,00, revela-se desnecessária para coibir sua prática, ofendendo, por consequência, o princípio da intervenção mínima.

2.3. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem fundamental importância no Direito Penal, pois integra uma exigência ínsita ao Estado Democrático de Direito enquanto tal, que garante a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desproporcionais ou excessivas, que causem aos cidadãos danos mais graves que o necessário para a proteção dos bens jurídicos importantes para a sociedade.

As origens do princípio em tela remontam à Revolução Francesa, onde constava expressamente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito” (art. 15).

Inobstante não estar expresso no texto da Constituição Brasileira, é possível extraí-lo da expressão “Estado Democrático de Direito”, tendo em vista que comporta um juízo de ponderação entre interesses individuais e coletivos, partindo-se de uma hierarquia de valores que o legislador deve, necessariamente, observar. Ademais, o princípio da proporcionalidade pode ser vislumbrado na Constituição Federal do Brasil de 1988 em vários

12 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Parte Geral. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense 2003, p 5.

dispositivos, tais como: art. 5º, XLVI (exigência de individualização da pena), XLVII (proibição de determinadas modalidades de sanções penais), XLII, XLIII e XLIV (admissão de maior rigor para infrações mais graves).

Também através da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, bem como os direitos individuais a ela inerentes, revela-se a essência do princípio da proporcionalidade. Dessa forma, a Lei Maior de 1988 reconhece a pessoa humana como centro em torno do qual o ordenamento jurídico – e em especial a legislação penal – deve pautar-se, de forma que, toda e qualquer limitação aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados deve, obrigatoriamente, ser ponderada com outros valores constitucionais em pauta, tais como a proporcionalidade e a razoabilidade.

Consiste em regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem, quanto os que padecem o poder. Tal princípio tem como seu precípua campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para consecução dos seus fins. Dessa forma, impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem danos ao cidadão maiores que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.

Alberto Silva Franco¹³, tratando do princípio em tela, aduz:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais) proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

Importante mencionar que o princípio da proporcionalidade é subdividido em três regras, de forma que cada restrição de uma liberdade garantida constitucionalmente por um direito fundamental deve ser adequada, necessária e proporcional à proteção de um bem jurídico que seja, pelo menos, de igual valor, vez que, partindo do pressuposto de que liberdade é a regra, sua restrição, portanto, deve constituir exceção. A aplicação das referidas

13 SILVA FRANCO, Alberto. Crimes Hediondos, p. 67.

regras implica no equilíbrio entre valores e bens constitucionais. Havendo proporção, é possível equilibrar as exigências do indivíduo e da sociedade, estabelecendo um balanceamento entre os direitos fundamentais.

Segundo Alexy¹⁴, necessidade, adequação e proporcionalidade são “parcelas” do princípio da proporcionalidade, em que *necessidade* implica dizer *se* um princípio tem mais ou menos peso em certa situação conforme as circunstâncias da situação tornem o valor que ele tutela ou promove mais ou menos necessário; *adequação* significa dizer que um princípio deve ser aplicado a uma situação quando é adequado para ela; e proporcionalidade em sentido estrito, onde “os ganhos devem superar as perdas”.

O princípio da proporcionalidade desempenha importante função no Direito Penal, tendo em vista que orienta a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que possuem relevância penal, bem como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas. Além disso, estabelece limites à atividade do legislador penal e, também, do intérprete, já que estabelece até que ponto é legítima a intervenção estatal na liberdade individual dos cidadãos.

No âmbito do direito penal, cabe ressaltar, a ideia de que deve haver uma medida de proporcionalidade no estabelecimento dos delitos e das penas não é recente, uma vez que já orientou de forma significativa o conteúdo da lei do talião. Historicamente, a lei do talião, que traduz seu conteúdo através da expressão “olho por olho, dente por dente” pode ser considerada a primeira resposta encontrada para se estabelecer a qualidade da pena a ser imposta a cada conduta delitiva, tendo estado presente desde o Código de Hamurabi, a Bíblia e a Lei das XII Tábuas, em todos os ordenamentos jurídicos arcaicos.

Como um princípio jurídico, entretanto, o conceito de proporcionalidade, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, foi desenvolvido a partir dos impulsos proporcionados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII e, posteriormente, pela doutrina administrativista.

Esta origem iluminista é destacada pelas obras de Charles de Montesquieu e Cesare Beccaria. A obra *De l'esprit des lois*, de Montesquieu, foi o primeiro trabalho que tratou especificamente da relação da imprescindível proporcionalidade entre crimes e penas. No mesmo sentido, *Dei delitti e delle pene*, de Beccaria, obra que teve como ponto de início uma concepção estatal e laica do crime (de modo que todo delito constitui um atentado à soberania do Estado), concebe a reação do Estado ao crime como defesa da soberania, ou da

14 ALEXY, 2001. p.161

sociedade, uma espécie de “defesa social”. Desse período, importante ressaltar, deve-se a codificação da proporcionalidade inclusive na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, em seu art. 8º, versa a seguinte regra, *in verbis*: “a lei não deve estabelecer outras penas que as estritas e necessárias”.

O princípio da proporcionalidade apresenta-se, ainda, como uma regra dirigida à maximização da liberdade. Afigura-se como uma manifestação inequívoca do princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal a consagração do princípio da liberdade, considerado um valor supremo no ordenamento jurídico; em que o direito criminal atua mediadamente, pois cabe a ele proteger bens jurídicos à custa do sacrifício da liberdade das pessoas.

Nesse contexto, é possível perceber que, pelo princípio da proporcionalidade, deve-se valorizar a função ressocializadora da pena, evitando-se uma instituição de pena privativa de liberdade simplesmente “castigadora” do condenado. Portanto, deve-se buscar, através da pena, a efetiva remição do condenado, a fim de que saia do estabelecimento prisional apto a recomeçar a sua vida.

Apenas com base no que foi estudado até o momento, é possível concluir que o a criminalização da evasão de divisas vai totalmente de encontro aos valores protegidos pelo princípio da proporcionalidade, pregando um cumprimento de pena que se afigura desnecessário e sem perspectivas reabilitadoras, conforme será aprofundado no decorrer deste trabalho.

2.4 Princípio da livre locomoção no território nacional

O ser humano possui em suas origens o desejo de explorar o desconhecido, de ampliar seu horizonte e conhecer novos caminhos. O livre ingresso e circulação de estrangeiros em território externo é uma conquista moderna, tendo em vista que na antiguidade era o território considerado um solo sagrado, em que a presença de um estrangeiro sem o consentimento da autoridade competente local era inadmissível. O próprio termo “estrangeiro” derivado do grego *extraneus* (estranho) carrega, por si só, um significado de repulsa.

Dessa forma, o direito à liberdade pessoal somente teve sua proteção conferida internacionalmente no ano de 1948, com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do

Homem (*The American Declaration of the Rights and Duties of Man*), que em seu artigo VIII estabeleceu que “*Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade*”.

Ainda no ano de 1948, a liberdade de circulação de pessoas foi alçada à condição de princípio de direitos humanos ao cristalizar-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), cujo artigo 13 preleciona que: “*1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar*”.

A Constituição Federal de 1988 assegura a liberdade de locomoção, conforme o Art. 5º, XV, que preleciona, *in verbis*: “*XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*”. A liberdade da pessoa física constitui a primeira forma de liberdade que o homem teve que conquistar.

Tal direito inalterável – por se tratar de cláusula pétreia -, justifica-se plenamente. Não haveria coerência, numa democracia, ou num Estado Democrático de Direito, que as pessoas não pudessem se movimentar livremente, entrando e saindo do país, sem restrições. Ademais, sendo o direito de propriedade inerente à personalidade (artigo 5º "caput", incisos X, XI, XII) garante, ainda, o constituinte que o indivíduo possa, também, movimentar livremente seus bens. Conclui-se que o direito de ir e vir é assegurado na mesma dimensão do direito de movimentar bens para dentro ou fora do país.

A liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, consiste no direito de ir e vir (viajar e migrar) e de ficar e de permanecer, sem necessidade de autorização. Destarte, todos podem locomover-se livremente nas ruas, nas praças, nos lugares públicos, sem preocupação de serem privados de sua liberdade de locomoção.

Afigura-se inconstitucional, portanto, lei que aplique restrições à livre locomoção no território nacional em tempo de paz. Em tempo de guerra, contudo, isso será possível, desde que não elimine a liberdade como instituição. É possível atestar que a liberdade de, em tempo de paz, entrar no território nacional, nele permanecer e dele sair é direito de ir e vir através das fronteiras nacionais, envolvendo o direito de emigrar e imigrar.

Em tempos de guerra, a entrada, permanência e a saída não são proibidas, contudo não se constituem em direito, em liberdade do indivíduo, salvo em se tratando de brasileiro que esteja retornando ao Brasil. Dessa forma, se um brasileiro desejar sair do país

ou um estrangeiro almeje ingressar em território nacional, permanecer ou sair, as autoridades competentes poderão autorizar ou não, de acordo com os critérios discricionários de conveniência e oportunidade, observando, principalmente, a segurança do país, bem como a segurança dos próprios interessados.

Pode-se concluir, conforme doutrina de Alexandre de Moraes¹⁵, que a liberdade de locomoção engloba quatro situações: o direito de acesso e ingresso no território nacional; o direito de saída do território nacional; o direito de permanência no território nacional e o direito de deslocamento dentro do território nacional. O direito de locomoção abrange tanto os brasileiros como os estrangeiros, sejam residentes ou não residentes no território nacional.

Segundo Alexandre de Moraes, trata-se de norma constitucional de eficácia contida, devendo ser editada lei ordinária visando delimitar a sua amplitude e alcance. Assim, poderá o legislador ordinário estabelecer restrições referentes ao ingresso, saída e circulação de pessoas e patrimônio dentro do território nacional.

Em hipótese excepcional, a Carta Magna de 1988 limita o direito de locomoção, ao prever no artigo 139, inciso I, a possibilidade de, na vigência do estado de sítio decretado, ser fixada obrigação de as pessoas permanecerem em localidade determinada.

O doutrinador José Afonso da Silva¹⁶ faz uma subdivisão no tema da liberdade de locomoção. Para referido autor, o chamado “direito de circulação” ou “liberdade de circulação” consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público. A utilização da via não constituirá uma mera possibilidade, mas um poder legal exercitável *erga omnes*.

Assim, a Administração Pública não poderá impedir, de forma geral nem individual, o trânsito de pessoas de maneira estável, a menos que desafete] a via, já que, de outro modo, se produzirá uma transformação na afetação por meio de uma simples manifestação do poder de polícia. Dessa forma, independentemente do meio através do qual se circula por uma via pública, o transeunte terá o direito de passagem e de deslocamento por ela, por constituir esta forma de deslocamento a manifestação primária e elementar do direito de uso de uma via afetada.

Ademais, é necessário ter em mente que o comando constitucional consagra o direito pleno de qualquer pessoa de se locomover com seus bens, dentro e fora do país. Todos

15 MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada e legislação complementar. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

16 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

os indivíduos, brasileiros, residentes ou não, podem entrar e sair do país e podem movimentar seus bens dentro e fora do país, estando a livre circulação de bens e pessoas consagrada pela lei máxima. A Constituição refere-se, todavia, que a regulação desta entrada e saída, dar-se-á por lei.

Por esta linha de raciocínio, conforme será explanado adiante, qualquer dispositivo legal que restrinja a saída de bens, a título de “evasão de divisas”, é de manifesta inconstitucionalidade. É evidente e inegável a necessidade de fiscalização do governo perante o sistema financeiro nacional — para verificar se determinados bens são frutos da sonegação, corrupção, narcotráfico etc, devendo punir o agente responsável pelo fato delituoso, contudo, jamais a título de evasão de divisas, que deveria ser tratado como ilícito civil apenas, não inserido na órbita penal.

3. O CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS

3.1 Antecedentes históricos

No início da década de 1980, em razão da crescente preocupação da sociedade com as fraudes que ocorriam no Sistema Financeiro Nacional e com a ausência de dispositivo legal que punisse os respectivos infratores, foi apresentado ao Congresso Nacional, em 25/03/1983, o Projeto de Lei nº 273/1983, elaborado pelo então Procurador-Geral da República José Paulo Sepúlveda Pertence.

Adotava-se, àquela época, uma política cambial de cunho eminentemente intervencionista, seguindo uma lógica que remontava ao início do século XX, em virtude das reiteradas crises de divisas originadas pelas oscilações da receita com as exportações de café.

De acordo com Pedro Pimentel¹⁷, no citado regime de câmbio fixo,

O mercado de divisas passa a ser controlado pelas autoridades monetárias e os negócios com moedas estrangeiras são feitos através de bancos oficiais ou autorizados, sempre sob a fiscalização de um órgão central competente, coligado a esse sistema com o da emissão de papel moeda, com estreita ligação à política de importação e exportação.

Ademais, conforme bem explicou Álvaro Zini¹⁸, no período em tela,

Qualquer pagamento internacional só pode ser feito mediante análise das prioridades do Banco Central. Apesar de os bancos que operam no setor externo poderem continuar suas operações através de suas próprias filiais externas e/ou de seus bancos correspondentes no exterior, todas as operações são sujeitas à fila de espera antes da autorização do pagamento e todas as sobras de divisas são passíveis de serem recolhidas ao Banco Central. O principal efeito da centralização cambial é que todos os pagamentos externos ficam sujeitos à programação de desembolsos por parte do Banco Central. Trata-se, portanto, de um regime de racionamento de divisas.

Nessa esteira, o ex-presidente do Banco Central do Brasil Gustavo Franco¹⁹ comenta que “era uma época onde a ‘divisa’ era escassa e estratégica, de tal sorte que os gastos cambiais permitidos eram apenas aqueles de ‘interesse nacional’, o que parecia estar

¹⁷PIMENTEL, Manoel Pedro. Direito penal econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 167.

¹⁸ZINI JR., Álvaro Antonio. Taxa de câmbio e política cambial no Brasil. São Paulo: Edusp/BM&F, 1995, p. 154

¹⁹(O oficial e o paralelo. São Paulo: Revista Veja, Abril, 23.07.2003)

fora do alcance do cidadão comum, pois nenhuma de suas demandas parecia enquadrar-se nesse protocolo”.

Em 24/08/1968, o Banco Central editou a Resolução nº 98/68, através da qual, quem pretendesse viajar ao exterior só poderia adquirir US\$ 1.000,00, pelo câmbio oficial, ou seja, pela cotação determinada pelo Poder Público, independentemente do valor real da moeda segundo as leis de mercado.

Dessa forma, quem pretendesse levar mais dinheiro consigo, só poderia recorrer à compra de moeda estrangeira no mercado negro (ou paralelo), que, segundo Luciano Feldens²⁰, era composto pela entrada de dólares advindos do subfaturamento de exportações, do superfaturamento de importações e pelas exportações clandestinas e numerários que advinham do turismo.

Em 1969, O Banco Central editou a famosa Carta Circular nº 5, por meio da qual as pessoas físicas ou jurídicas não residentes, não domiciliadas, ou com sede no exterior, poderiam abrir no Brasil apenas duas espécies de contas: a conta de outras origens e a conta proveniente de vendas de câmbio, conhecidas como Contas CC5. Referidas contas possibilitavam ao estrangeiro no Brasil depositar os valores que viesse a receber quando em trânsito pelo nosso País, o que fez aumentar a preocupação dos executores da política cambial da evasão de divisas. Já as contas "de outras origens" destinavam-se aos depósitos de valores em moeda nacional, que não tivessem origem de antecedente operação de câmbio e eram de livre movimentação.

O panorama econômico brasileiro encontrava-se em muito agravado pela crise da dívida externa de 1983, quando o Brasil, pela primeira vez, decretou moratória, decorrente, em caráter preponderante, dos perniciosos efeitos do segundo choque do petróleo, em 1979, e da negativa de empréstimo por parte do Fundo Monetário Internacional. Dessa forma, em fevereiro de 1986, visando colocar rédeas na desenfreada inflação em curso, anunciou-se a primeira tentativa efetivamente inovadora de combate a este fenômeno, através do denominado Plano Cruzado, que substituiu a moeda Cruzeiro pelo Cruzado, valorizando este nominalmente em mil vezes. Determinou-se, ainda, o tabelamento e o congelamento de todos os preços e salários existentes, *freezer* do qual não escapou a taxa de câmbio.

Na época, o país vivia um contexto econômico-financeiro oposto ao atual, com uma intensa movimentação de fuga de capitais após vários anos consecutivos de atração de

²⁰FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.57.

investimentos durante a década de 70. Em contrapartida à redução da dependência externa proporcionada pelo desenvolvimento industrial trazido pela internalização do setor de bens de capital e insumos nacional, aumentou a vulnerabilidade da economia a eventos financeiros internacionais.

Vale ressaltar que em países com economia em desenvolvimento torna-se cada vez mais notável a intervenção dos Bancos Centrais no setor econômico, pois ditas economias necessitam de um controle estatal maior para sua devida adequação. Assim, o Brasil, utilizando-se de uma política cambial composta por taxas de flutuação livre combinada, porém, com a marcante intervenção do Banco Central, procurava aproveitar-se de artifícios, tais como a compra e venda de dólares, alterações nas taxas de juros ou a oferta de papéis cambiais e títulos do Tesouro Nacional, para fins de amortizar movimentos bruscos na política econômica mundial que estavam fora do alcance da atuação do Banco Central.

Naquele período, quem pretendesse viajar pela América do Sul, somente poderia adquirir legalmente US\$250,00; os brasileiros não dispunham de cartão de crédito internacional; a importação de produtos não essenciais era normalmente vedada e; quando permitida, além de submeter-se a elevadas alíquotas fiscais, dependia de autorização prévia do Bacen; a cotação do dólar era controlada administrativamente pelo governo.²¹

Com a abertura econômica do Brasil ao exterior e o avanço da criminalidade no meio econômico, chegou-se a uma equivocada conclusão de necessária intervenção legislativa no âmbito criminal visado adequar a nova realidade econômica que se apresentava como desafio aos estudiosos da ciência penal.

Dessa forma, tendo em vista a grande dificuldade do enquadramento dessas condutas ante a ausência de legislação penal específica, na época, apta a sujeitar os agentes que lidavam com os valores do público, surgiu a ideia do projeto da referida lei.

Foram realizados vários ajustes em políticas macroeconômicas para preservar o país de choques externos e conter o fluxo negativo de capitais. Foi nesse contexto, de necessidade de proteger o sistema financeiro de fraudes que poderiam comprometê-lo inteiramente e de evitar a evasão ilegal de divisas, que foi aprovada a legislação, em 1986, que em alusão ao conceito de crime elaborado por Sutherland, passou a ser chamada de Lei do Colarinho Branco.

21 Para um aprofundamento acerca dos reflexos jurídico-penais das linhas evolutivas da política cambial brasileira, v. SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano, Limites Normativos do Delito de Evasão de Divisas, in Direito Penal Econômico: Questões atuais. Revista dos Tribunais, 2011, coordenação Alberto Silva Franco e Rafael Lira, 2011, p. 344

3.2. Bem jurídico protegido

Antes de abordar, especificamente, o bem jurídico protegido pelo tipo penal em comento, importante definir o conceito de bem, que, em sentido genérico, é tudo aquilo que tem valor para o ser humano. A ideia central de bem se associa a ideia de utilidade, sendo certo que bem *stricto sensu* é diferente de bem jurídico (objeto de tutela penal).

Um dos principais desafios do Direito Penal é traçar regras para a eleição dos bens e valores fundamentais para a sociedade e criminalizá-los com sanção proporcional ao gravame da lesão.

Luiz Régis Prado²² aduz que: "*a função político-criminal do bem jurídico constitui um dos critérios principais de individualização e de delimitação da matéria destinada a ser objeto de tutela penal*".

Para tanto, as funções da pena e o valor do bem jurídico são relacionadas, tendo como parâmetros o significado social do bem jurídico-penal e a necessidade de reparação e prevenção do ilícito. Depreende-se daí a relevância de apenas bens jurídicos fundamentais ao corpo social serem objeto de criminalização.

O bem jurídico é resultado da combinação dos valores de uma dada sociedade em um determinado momento histórico, possuindo um juízo axiológico de significado relevante na situação vigente.

O Direito Penal, inicialmente, deve preocupar-se em sopesar os valores dos bens jurídicos, que consistem no fundamento legitimador da incriminação e do sistema penal como um todo perante a sociedade.

Na Idade Média, o Direito Penal se prestava a tutelar valores conexos a divindade. Posteriormente, na época da filosofia penal iluminista, o delito consistia na violação do contrato social, em que a pena era uma medida preventiva, decorrente da teoria contratualista do direito penal, de vertente de liberal-individualista.

O objeto do delito diverge do objeto da ação, não sendo punido o fato material, mas sim, o fato jurídico. Para Luiz Régis Prado²³: "O delito é assim, entendido como a

22 PRADO, Luiz Régis. Bem-Jurídico Penal e Constituição. 10ª Ed. RT: São Paulo. 2003. p. 21.

23 PRADO, Luiz Régis. Op. cit. p. 30.

conduta que transgredir um direito alheio, proibida pela lei penal, a qual tem por finalidade a proteção dos direitos dos indivíduos e do Estado".

Na evolução das teorias do bem jurídico, Binding leciona que bem jurídico é tudo o que no entendimento do legislador é relevante para a ordem jurídica. Lizst, por sua vez, ensina que entre Política Criminal e Direito Penal existe o bem jurídico e ele é um interesse vital do indivíduo ou da comunidade. O Neokantismo conceitua-o como um valor abstrato, de conteúdo ético-social, sendo o valor cultural ponderado dentro do ideal da ordem social.

Sabe-se que a missão do Direito Penal é a de tutelar bens jurídicos que abrangem valores ético-sociais da ação, protegendo a normal convivência dos indivíduos na sociedade, reprimindo um comportamento danoso, com atuação eminentemente preventiva.

Giuseppe Bettiol²⁴ assinala, em um estudo ético-valorativa, que bem jurídico: "é a posse ou a vida, isto é, o valor que a norma jurídica tutela, valor que jamais pode ser considerado como algo de material, embora encontrando na matéria o seu ponto de referência".

Claus Roxin²⁵ evidencia que bens jurídicos: "são pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, que toda gente conhece que o Estado Social deve proteger penalmente".

A noção de bem jurídico é produto das necessidades do homem no decorrer das experiências da vida, em que o legislador capta a axiologia social e transmuta o interesse em objeto tutelado penalmente.

Tem-se que bens jurídicos são tidos como valores ético-sociais que o Direito Penal escolhe, com o intuito de assegurar a paz social, e que coloca sob sua tutela para que não exista o perigo de ataque ou lesões a tais interesses.

Tendo em mente esses conceitos, importante ressaltar as funções do bem jurídico, quais sejam: Função de Garantia ou de Limitar o Direito de Punir do Estado, Função Teleológica ou Interpretativa, Função Individualizadora e Função Sistemática.

24BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução brasileira Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 11.

25 ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal In: _____. Problemas fundamentais de direito penal. Traduzido por Ana Paulo dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998, p. 26.

Para a primeira, o bem jurídico tem a função de delimitar a dimensão material da norma penal, e o Estado Democrático e Social de Direito deve tutelar apenas condutas que gerem grave lesão ou perigo de lesão a tais bens. Tem cunho eminentemente político-criminal.

A função teleológica condiciona a interpretação dos tipos penais e o sentido e alcance da proteção a um dado bem jurídico. Por sua vez, a função individualizadora opera como critério de ponderação da pena, analisando a gravidade da lesão.

Para a última, a função sistemática, o legislador deve orientar sua atividade de proteção de bens jurídicos levando em consideração principalmente a classificação interna dos delitos inseridos na parte especial.

O fim precípua do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à convivência pacífica em sociedade, guiada pelos princípios da dignidade da pessoa humana; pessoalidade e individualização da pena; insignificância; culpabilidade; legalidade; intervenção penal mínima e subsidiariedade.

Ao operacionalizar o caráter seletivo e ao realizar a ponderação dos bens jurídicos que merecem a tutela penal, o legislador deve valorar e sopesar os interesses relevantes para a sociedade, de forma a erigi-los ao nível de bem jurídico, tendo como base os princípios penais fundamentais, acima exemplificados.

O Direito Penal no Estado Democrático e Social de Direito deve vir associado à ideia da proteção ao bem jurídico, devendo a tutela penal ser necessária e imprescindível para reparar a lesão ou seu perigo, sob pena de ilegitimidade e violação da *ultima ratio* do Direito Penal.

O Estado tem como características fundamentais o império da lei, a divisão de poderes, a fiscalização da Administração e a tutela dos direitos e liberdades fundamentais. Trata-se de articular o Direito Penal de igualdade jurídica e social com a segurança jurídica, além de fixar recíproca implicação ao liberalismo político e à democracia.

A noção de bem jurídico implica um juízo positivo de valoração acerca de dado objeto ou situação social, bem como sua relevância para o desenvolvimento do ser humano e da convivência pacífica em sociedade.

A ideia de Democracia aponta que o Direito Penal traz no seu cerne o conceito de indivíduo, possuindo autonomia própria que funciona como limite do âmbito da atuação do Estado. A Liberdade e a Dignidade são valores essenciais do ser humano garantidos expressamente no ordenamento constitucional, que representa as ideias prevaletentes na sociedade.

Os direitos fundamentais - individuais, sociais, coletivos ou difusos - estatuídos na Carta Magna são o meio ensejador e fonte de uma ordem jurídica justa. Depreende-se, pois, que o bem jurídico exerce a imprescindível função de refletir os valores constitucionais supremos, influenciado e limitando o âmbito de atuação do legislador ordinário quando da formulação abstrata do injusto penal. As vigas mestras para a incriminação se encontram lançadas na norma constitucional.

As Constituições Programáticas ofertam uma margem de liberdade para o legislador infraconstitucional eleger os bens dotados de relevância jurídica de forma a serem erigidos ao campo de merecedores de tutela penal à luz da principiologia supramencionada.

O gravame da conduta, bem como a relevância do bem jurídico, justificam a imprescindibilidade de atuação do Direito Penal, quando se depara com extrema necessidade de utilização do aparato criminal. Daí a diferença entre ilícito penal e ilícito extrapenal, não sendo suficiente a intervenção das esferas civil e administrativa para conter a conduta que se deseja coibir ao tratar do injusto penal.

O Direito Penal tem, na eleição do bem jurídico a ser tutelado, um forte instrumento de amparo e proteção aos direitos fundamentais, dando-lhe uma função relevante na harmonização da sociedade e tripudiando seu atuar meramente simbólico e carente de fundamentação.

Os valores jurídico-constitucionais servem como estrutura fundante da importante atividade punitiva estatal, servindo como limiar na eleição dos bens jurídicos que servirão à proteção da sociedade e da eficácia do Direito Penal como sistema de controle social, reduzindo-o ao âmbito da estrita necessidade.

Destarte, a função político-criminal do bem jurídico deve atender a três perspectivas basilares: eficiência do sistema penal, adequação da parte especial à Constituição e a seriedade do sistema. A criminalização, por sua vez, deve atender ao caráter personalíssimo do interesse, à dimensão e relevância social do interesse tutelado/ofensa e à necessária concretização do interesse e da ofensa.

Para compreensão exata do bem jurídico protegido pelo dispositivo legal é imprescindível entender que a função precípua do Direito Penal é a proteção exclusiva dos bens jurídicos, ou seja, dos valores elementares de consciência, do caráter ético social e, em caráter secundário, a proteção de bens jurídicos particulares.

Segundo Luiz Regis Prado²⁶:

26 PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico- penal e constituição. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

Bem jurídico é um ente material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. Deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada.

Como se observa, a noção de bem jurídico pressupõe a relevância para a sociedade de determinado ente material ou imaterial, bem como o conceito de delito vem se modificando à luz do Estado Democrático de Direito, para exigir a responsabilidade penal do agente quando este realizar uma infração a ordem jurídica, em fatos lesivos a valores constitucionais expressivos, cuja significação irá se refletir na medida da pena.

Nessa esteira, a Constituição Federal, como fonte emanadora das normas, limita o que pode ser considerado crime pelo Direito Penal. Conforme lição de Márcia Dometila Lima Carvalho²⁷: "na tipificação delitual o acento deve ser dirigido para a proteção do valor constitucional maior, ou seja, para a justiça social".

No entendimento de Luiz Luisi²⁸, "a criminalização há de fazer-se tendo por fonte principal os bens constitucionais, ou seja, aqueles que, passados pela filtragem valorativa do legislador constitucional, são postos como base da estrutura jurídica da comunidade".

Merece análise, ainda, mensurar acerca da efetiva lesão (real ou potencial) ao bem jurídico tutelado, requisito indissociável da incidência de qualquer norma de conteúdo jurídico-penal. Na precisa lição de Ferrajoli²⁹, a ideia de lesividade constitui fundamento de justificação da intervenção penal, numa perspectiva utilitarista. Senão vejamos:

Mas o princípio da lesividade impõe à ciência e à prática jurídica precisamente o ônus de tal demonstração. A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo. Dizer que um determinado objeto ou interesse é um bem jurídico e que sua lesão é um dano é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um bem penal significa,

27 CARVALHO, Márcia Dometila Lima *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*, p. 47.

28 LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*, p. 174.

29 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.429

además, manifestar um juízo de valor que avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a pena. Sob este aspecto, ao menos a partir de uma ótica utilitarista, a questão do bem jurídico lesionado pelo delito não é diferente da dos fins do direito penal: trata-se da essência mesmo do problema da justificação do direito penal, considerada já não desde os custos da pena, senão de acordo com os benefícios que com ela se pretende alcançar.

Devem sobressair bens jurídicos relacionados à defesa da ordem econômica, da ordem social, da cultura e do meio ambiente, hierarquicamente superiores, pela Constituição. Nesse contexto, identifica-se que o tipo penal em comento visava proteger a regular execução da política cambial, que à época da criminalização consistia numa espécie das medidas estatais de planificação, dirigida à realização dos valores constitucionais da ordem econômica.

Em resumo, pode-se dizer que o bem jurídico tutelado do preceito em comento é a regular condução da política cambial do Estado. Para Paulo Sandroni³⁰, em lição sobre política cambial:

Instrumento da política de relações comerciais e financeiras entre um país e o conjunto dos demais países. Os termos em que se expressa a política cambial refletem, em última instância, as relações políticas vigentes entre os países, com base no desenvolvimento econômico alcançado por eles. Por exemplo: em dado momento, pode ser importante a um país adquirir certos produtos no exterior, necessários ao desenvolvimento de seu setor industrial; para tanto, as autoridades monetárias podem manter o câmbio artificialmente valorizado, barateando o custo, em moeda nacional, desses produtos; em contrapartida ocorreria o encarecimento dos produtos nacionais para os importadores de outros países. A política cambial pode utilizar, ainda, uma série de mecanismos para evitar a evasão de divisas e contribuir para o equilíbrio do balanço de pagamentos, como a fixação de taxas múltiplas de câmbio (câmbio turismo, câmbio comercial, câmbio financeiro, etc.). E também lançar mão de medidas que favoreçam algum setor da economia, como manter a moeda nacional artificialmente desvalorizada para estimular as exportações. [...]

Outras medidas de política cambial são comumente utilizadas, às vezes acopladas a mecanismos de política econômica que possibilitem compensar os efeitos indesejáveis à economia do país. As autoridades governamentais podem também tomar decisões em outras áreas da economia com o objetivo de obter determinados efeitos no setor externo; sem que haja necessidade de alterar a taxa cambial. No Brasil, por exemplo, são concedidos créditos como prêmio para incentivar as exportações e também são realizadas antecipações dos valores correspondentes aos contratos de câmbio (de exportações), denominadas antecipações de contratos de câmbio (ACCs), que permitem ao exportador recursos para financiar seu capital de giro ou início realizar aplicações financeiras, obtendo ganhos não-operacionais que em certos momentos podem compensar eventuais defasagens cambiais.

30 SANDRONI, Paulo. Dicionário de Administração e Finanças. Rio de Janeiro: Record, 2008 p. 662-663)

Considerada a relevância da ordem econômica para o desenvolvimento nacional e a sua suscetibilidade às crises econômicas internacionais que vez por outra costumavam ocorrer, justificava-se àquela época a tutela penal exercida no ilícito em estudo.

Ocorre que se operou a transformação do bem jurídico da evasão de divisas desde a edição da Lei nº 7.492/1986. Na época da elaboração da lei, havia uma preocupação excessiva por parte da sociedade com a fuga de capitais em momentos de crises econômicas e com a impunidade dos agentes do referido crime.

Naquele período, o crime de evasão de divisas tinha por finalidade, além da proteção da regular execução da política cambial, proteger a administração da justiça contra as práticas de lavagem de dinheiro, que passaram a ser criminalizadas em 1998, com a edição da Lei nº 9.613, em 03 de março de 1998.

Dessa forma, com a edição da lei de combate à lavagem de dinheiro e com a importância dada outrora à política cambial como meio de inserção na economia mundial, o tipo em análise passou a destinar-se à exclusiva proteção do controle de operações cambiais.

Com efeito, a tutela penal exercida pelo artigo 22, da Lei nº 7.492/1986, atualmente, não busca punir aquele que remete dinheiro para o exterior com a intenção de ocultar a sua origem criminosa, pois disso já passou a cuidar com propriedade a Lei nº 9.613/1998.

Do mesmo modo, o tipo penal em estudo não tem por fim proteger a política fiscal, pois os crimes contra a ordem tributária já são expressamente previstos na Lei nº 8.137/1990. Ademais, referida lei, combinada com os artigos 359-A a 359-H do Código Penal (crimes contra as finanças públicas) e os demais artigos da Lei nº 7492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional) já desempenham a tarefa de proteger a polícia econômica estatal *lato sensu*.

Tem-se que a conduta do agente que remete dinheiro de modo ilegal para fora do País pode ensejar a responsabilização penal pelo crime de lavagem de dinheiro, por sonegação tributária, ou por evasão de divisas, ou, ainda, por todos estes, dependendo para isso da análise do elemento subjetivo que direcionou a conduta do agente e do bem jurídico supostamente lesado.

Em contrapartida, condutas em tese lesivas à regular execução da política cambial estatal, tais como uma operação de câmbio realizada em desconformidade às normas cambiais do Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI), bem

como o ingresso irregular de divisas em nosso país não se encontram alcançadas pela tutela penal, tendo em vista a ausência de menção a essas condutas no dispositivo legal e a proibição da utilização da analogia *in mala partem* no Direito Penal.

Tendo em mente a atual situação de preservação das reservas cambiais no país, associada às posteriores criminalizações efetuadas pela Lei nº 7.492/1986 (lavagem de dinheiro) e Lei nº 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária), esvaziou-se o sentido do tipo penal em comento, como corolário do princípio da *ultima ratio*.

3.3 Condutas típicas

O tipo penal da evasão de divisas tem a seguinte redação, *in verbis*:

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.

Trata-se de norma penal em branco heterogênea, haja vista competir ao Poder Executivo Federal regular e planificar a política cambial, estabelecendo os limites, condições e a forma da saída de divisas do País. Nos termos da Lei nº 4.595/64, os órgãos que detém referida atribuição são o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil.

O Conselho Monetário Nacional está disciplinado na Lei nº 4.595/64 e na Medida Provisória nº 542/94. Cuida-se de órgão normativo do Poder Executivo que processa todo o controle do sistema financeiro, vinculando as ações de órgãos normativos e executores, como o Banco Central, por exemplo. É o responsável, ainda, pela formulação de toda política de moeda e de crédito, objetivando atender aos interesses econômicos e sociais.

O Banco Central, por sua vez, é uma autarquia em regime especial, sujeito ao controle interno exercido pelo Ministério da Fazenda. É o órgão responsável por impor restrições às operações de câmbio, limitando a forma e os valores, ou condicionando a sua realização, com o intuito de realizar os fins da política cambial, que por sua vez, devem estar de acordo com os ditames da ordem econômica.

Conforme preleciona Celso Ribeiro Bastos³¹,

³¹BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*, São Paulo: IBDC, 2000, p. 230.

Tanto o Conselho Monetário Nacional, ao fixar as diretrizes e normas da política cambial, como o Banco Central, no exercício da atribuição de fiscalização das operações cambiais, exercem o poder de regular a atuação dos agentes do mercado cambial, por meio de resoluções e circulares, uma vez que com isso se objetiva realizar a política cambial do País, controlar o cumprimento das normas, verificar a responsabilidade e aplicar as sanções previstas em lei, de conformidade com os artigos 4º e 9º, ambos da Lei nº 4.595/64.

Na lição precisa de Maria Silvia de Pietro³²,

O Conselho Monetário Nacional é quem elabora a política cambial do país, autorizado pela Lei nº 4.595/64 e, portanto, intervém na economia por direção, isto é, passa a exercer pressão sobre ela, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsórios para os agentes do mercado cambial.

Ao formular da política cambial, o Conselho Monetário Nacional goza da capacidade normativa de conjuntura, o que significa dizer que a sua intervenção é exercida mediante a edição de normas que inovam no ordenamento jurídico.

Trata-se de crime comissivo, também podendo ser imputado a título de omissão imprópria, nos casos em que existe a obrigação legal de agir visando impedir a consumação do delito. Quanto ao sujeito ativo, consiste em crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa física, ainda que não detenha a qualidade de instituição financeira.

O *caput* do artigo criminaliza a conduta de efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País. A partir da vigência do artigo 65 da Lei nº 9.069/95, é considerado como prática do delito de evasão de divisas efetuar operação cambial sem a intermediação de um estabelecimento bancário, envolvendo valores acima de R\$10.000,00, com o especial fim de enviar esses recursos para o exterior.

Referido dispositivo legal estabelece que operações envolvendo entrada e saída de moeda nacional ou estrangeira, quando em valores superiores a R\$10.000,00, deverão ser realizadas por meio de transferência bancária, cabendo ao estabelecimento bancário a perfeita identificação do cliente ou beneficiário.

A Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 619, de 7 de fevereiro de 2006, combinada com Decreto 6.759, de 5 de fevereiro de 2009 e a Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.524, de 30 de junho de 1998, é fundamento legal para a

32DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª edição, São Paulo: Atlas, p. 403.

declaração que deve ser efetuada por viajantes que vão entrar no país ou dele sair, portando em dinheiro, cheques, *traveller checks* (cheques de viagens), em seu total, valor superior ao limite estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional, que chegava a R\$10.000,00(dez mil reais).

O tipo refere-se, na primeira parte do parágrafo único, à remessa de valores para o exterior, em quantia superior ao equivalente a R\$10.000,00, realizada sem a necessária transferência bancária, ou desacompanhada da Declaração de Porte de Valores (DPV) quando a remessa é feita em espécie.

Se superior ao referido montante, não haverá conduta criminosa se a remessa ocorrer por intermédio de transferência bancária específica realizada por instituição financeira (contrato de câmbio) ou preenchimento da declaração de porte dos valores em espécie – DPV – do que se depreende da Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 2.254/98, caso a remessa seja feita por dinheiro.

A elementar “sem autorização legal” não se refere à necessidade de um ato administrativo que expressamente autorize a operação, tendo em vista que o controle cambial exercido nesses casos ocorre *a posteriori*.

Com efeito, para a configuração da elementar em comento basta que a conduta contrarie as normas que regulam a política cambial, e não que ocorra à mingua de autorização expressa do Banco Central ou mesmo contra os seus limites.

Do mesmo modo, incorre nas penas do artigo 22, com previsão na segunda parte do parágrafo único, aquele que mantiver depósito no exterior, não declarado ao Banco Central, em valores superiores ao equivalente a US\$ 100.000,00 (conforme Circulares BACEN nº 3.225/2004, 3.278/2005 e 3.313/2006).

O tipo incrimina a ação de manter no exterior depósitos não declarados à repartição federal competente. O núcleo verbal do dispositivo indica certa estabilidade, embora não haja um período mínimo de manutenção para a consumação do delito.

A conduta tipificada pode ter como objeto material depósito originário no Brasil, produto de prévia evasão, ou mesmo formado no próprio exterior. Ocorre a consumação do crime no momento em que o agente deveria declarar à repartição competente os depósitos mantidos no exterior.

Nessa esteira, cabe mencionar que a declaração do depósito no exterior deve ser endereçada, hodiernamente, ao Banco Central e não à Receita Federal, tendo em vista ser aquela a repartição federal competente a que se refere o dispositivo.

Com efeito, o dever de declaração ao Banco Central já existia desde 1969, quando o Decreto-Lei nº 1.060/69 o instituiu. Contudo, carecia o dispositivo legal de regulamento administrativo que estabelecesse a forma, os limites e as condições da declaração.

Referida regulamentação sobreveio apenas no ano de 2001, com a edição da Circular nº 3.071/2001 do Banco Central (autorizada pela Resolução nº 2.911/2001, do Conselho Monetário Nacional). Até a edição da Circular mencionada, a obrigação de declarar os valores depositados no exterior deveria ser destinada à Receita Federal.

Nos termos da legislação cambial atual, o Banco Central passou a ser o destinatário exclusivo da declaração exigida pelo artigo 22, parágrafo único. Conforme a Circular nº 3.278/Bacen, de 2005, a obrigação de declaração recai sobre qualquer pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no país, assim conceituadas na legislação tributária. Em casos de conta titularizada por pessoa jurídica, há de se averiguar, a título de autoria, o titular responsável pela declaração, tendo em vista a impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica.

Do exame atual do tipo depreende-se que todas as condutas são dolosas, já que não há previsão de modalidade culposa. O crime de evasão de divisas é comum, em suas três condutas tipificadas, pois não se exige especial qualidade do sujeito ativo. O sujeito passivo é o Estado, elaborador e executor da política cambial, além de deter o monopólio do controle das operações, por meio do Banco Central, e, secundariamente, o sistema financeiro nacional, bem jurídico tutelado que sofre a lesão através da evasão cambial.

A diferença entre as condutas são as seguintes: a modalidade da primeira parte do parágrafo único prescinde de demonstração de prévia operação de câmbio, ao contrário do *caput*, que a exige. Por outro lado, a manutenção de depósitos no exterior não declarados à repartição competente não pressupõe que tais valores tenham origem no Brasil, podendo acontecer de um brasileiro vir a receber tais valores, a qualquer título, no exterior.

Com relação ao *caput*, a tipificação penal insere-se no crime de mera conduta, verificando-se sua consumação no instante e no lugar em que o sujeito ativo promove operação cambial, não autorizada, visando a evasão de divisas. A efetiva saída das divisas é desnecessária para a consumação do crime, configurando apenas o seu exaurimento. No entanto, a simples realização de operação de câmbio sem autorização e sem o objetivo da evasão não basta para a caracterização do crime. A tentativa é possível, acontecendo quando a operação de câmbio não se concretizar por circunstâncias alheias a vontade do agente.

Em relação à primeira parte do parágrafo único – promover a saída de moeda ou divisa para o exterior -, trata-se de crime material que se consuma no lugar e no momento em que moeda e divisa saem do território nacional com destino ao exterior. A tentativa é plenamente admissível.

Na segunda parte do parágrafo único – manter no exterior depósitos não declarados à repartição federal competente -, apresenta-se um crime permanente, caracterizado por uma conduta inicialmente comissiva (depósito lícito de recurso em uma conta bancária no exterior) e um comportamento posterior omissivo, referente à ausência de comunicação da existência de depósito às autoridades fiscais e monetárias brasileiras. A tentativa não é admissível em razão de a estrutura da ação delituosa conter uma parte omissiva.

Pode haver progressão criminosa, que ocorre com a prática de todas as três hipóteses legais, sendo a última a de manutenção de depósito no exterior não declarado ao Bacen. O agente pode realizar todas as condutas típicas, contudo responderá apenas por um crime, aquele que esgotar o *iter criminis*, o que será verificado no caso concreto.

Cabe ressaltar que nem todos os ilícitos cambiais constituem crime, apenas aqueles que se enquadram na descrição do tipo penal. Dessarte, tem-se que a operação conhecida por “dólar-cabo” é atípica, uma vez que as movimentações financeiras ocorrem de duas formas distintas: por intermédio de depósitos bancários ou em dinheiro em solo brasileiro, por transferências bancárias efetuadas no exterior, ou mesmo a manutenção de depósitos em países estrangeiros não declarados às autoridades brasileiras e, em ambos os casos, não há a necessidade de efetuar operação de câmbio.

Dessa forma, a entrada irregular de recursos no País, embora possa conter supostamente lesividade à regular política cambial e assim constituir ilícito cambial, como não tem previsão no tipo penal, não configura o ilícito penal em comento.

3.4 Conceito de divisas para fins de imputação do crime

Para a devida compreensão do delito em comento é necessário o entendimento do que vem a representar, em termos jurídico-penais, o conceito de divisas para fins de imputação do crime.

Na conceituação econômica, o termo “divisas” está associado às disponibilidades que um país, ou mesmo um particular – pessoa física ou jurídica – possui em moedas estrangeiras obtidas através de negócio jurídico de forma que fique comprovada a sua

origem lícita. Nesse contexto, insere-se na elementar divisas as próprias moedas estrangeiras e seus títulos imediatamente representativos, como letras de câmbio, ordens de pagamento, cheques, cartas de crédito, saldos das agências bancárias no exterior, dentre outros.

Com efeito, pode-se definir economicamente as divisas como disponibilidades internacionais, ou seja, disponibilidades que estão ou se formaram no exterior a partir de um negócio jurídico que lhe dá causa. Em resumo, correspondem aos títulos e valores que podem ser convertidos ou negociados em moeda estrangeira.

Em definição bastante elucidativa, Luiz Souza Gomes³³ assim descreve divisa:

Divisa (fr. *dévises*) – Expressão empregada para designar diferentes categorias de papel negociável: divisas bancáveis e não bancáveis. De um modo geral entendem-se por divisas os valores comerciais sobre o estrangeiro; saques, cheques, títulos provenientes de empréstimos públicos, ou de governo a governo. As divisas estão sujeitas à lei da oferta e da procura, segundo as necessidades de pagamento no estrangeiro e sofrem, portanto as oscilações decorrentes dessa lei. Num país que tem que realizar grandes pagamentos no estrangeiro a cotação das letras subirá acima do seu valor nominal em relação à paridade monetária. Se, ao contrário, não existe grande procura de letras, o possuidor destas terá de se conformar com menor soma do que lhe corresponde, feito o cálculo na base da paridade. Nos países de padrão ouro, as oscilações de divisas são insignificantes, podendo ser corrigidas pelo *gold point*. Mas nos países à base de papel, não existindo paridade monetária, o preço das divisas é regulado pela capacidade aquisitiva da moeda do país, em relação à daquele sobre o qual são sacadas as letras. Não havendo a base material do metal, as oscilações são de maior amplitude, e estão sujeitas à situação econômica do país. Oscilações tão profundas na cotação das divisas, alteram o preço das mercadorias estrangeiras, com reflexos nos preços internos, devido à conexão existente entre eles. Evitar tais alterações, é a finalidade da boa política de divisas. Medidas apropriadas permitem regular a cotação tendo em vista as solicitações do balanço de pagamento (v. câmbio, *gold point*, Balanço de pagamentos).

Tratando do tema das divisas, Paulo Sandroni³⁴ também oferece conceituação precisa sobre o instituto: “Divisas: Letras, cheques, ordens de pagamento etc. que sejam conversíveis em moedas estrangeiras, e as próprias moedas estrangeiras de que uma nação dispõe, em poder de suas entidades públicas ou privadas”.

Ainda de acordo com Sandroni³⁵, as reservas internacionais de um país:

São reservas em moeda forte mantidos por um país para garantir sua taxa de câmbio e do seu setor externo. Elas podem ser consideradas sob três abordagens diferentes:

³³GOMES, Luiz Souza. Dicionário Econômico e Financeiro. 9. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, p. 83-84)

³⁴SANDRONI, Paulo. Dicionário de Economia do Século XXI. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 258)

³⁵(SANDRONI, 2010, p. 730)

- a) liquidez internacional. É constituída pela disponibilidade de caixa mais os créditos;
- b) disponibilidade imediata. É constituída pelas reservas efetivamente existentes em caixa em determinado momento; e
- c) liquidez ajustada. É constituída pela disponibilidade de caixa mais os créditos menos os recursos tomados do FMI (Fundo Monetário Internacional).

Como exemplo da complexidade da fixação de exegese de divisas “não monetárias” é cita-se o art. 1º da Lei nº 4.131/62, que tem lastro constitucional no art. 172 da Constituição Federal – “A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”. Assim dispõe o artigo 1º:

Art. 1º Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.

De acordo com o entendimento jurisprudencial, também deve-se enquadrar no conceito de divisas o ouro, enquanto ativo financeiro ou instrumento da política cambial, além de cheques sacados contra bancos nacionais.

Houve, ainda, discussão doutrinária acerca da possibilidade de equiparação de mercadorias nacionais objeto de exportação a divisas. Essa controvérsia assumiu relevância dada as crescentes ocorrências em que o exportador realizava a exportação à margem de cobertura cambial, ou seja, recebia seu crédito diretamente do exterior ou em espécie, se o correlato fechamento e liquidação do contrato de câmbio.

Nessa esteira, é paradigmático o acórdão da lavra do desembargador federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, do Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª Região³⁶:

PENAL. CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. EXPORTAÇÃO DE MERCADORIAS SEM A EFETIVAÇÃO DO CÂMBIO. AUSÊNCIA DE INGRESSO DE DIVISAS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. VEDAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE ESTELIONATO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DA ACUSAÇÃO

³⁶(BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Criminal nº 5.807. Relator: desembargador federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. 1ª Turma Especializada. Unânime. DJU: 17/7/2009. p. 90-91)

1. O acusado foi denunciado pela prática de crime de evasão de divisas previsto no artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 porque teria realizado a exportação de mercadorias sem a liquidação dos contratos de câmbios pendentes aos despachos aduaneiros que autorizaram a saída dessas mercadorias, ocasionando a ausência de ingresso de divisas no país e causando lesão ao Tesouro Nacional, tendo em vista que essa conduta afetaria as reservas cambiais.
2. Não assiste razão ao Ministério Público Federal ao requerer a reforma da r. sentença para condenar o acusado pela prática do crime de evasão de divisas, previsto no artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86. Isto porque 'mercadoria' não se compreende no conceito de "divisas".
3. *Incabível a utilização de interpretação analógica para compreender a expressão "mercadorias" no conceito de "divisas", sob o fundamento de compatibilizar a extensão desta última expressão à finalidade originariamente prevista pelo legislador, quando da criminalização da conduta prevista no artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, de proteger a política cambial brasileira.*
4. Inobstante ser admissível, em sede de direito penal, o recurso à interpretação analógica para ampliar o alcance da norma penal, por ser impossível ao legislador prever todas as situações da vida, não se admite que o intérprete venha a promover a extensão do sentido de uma norma penal incriminadora para criminalizar certas condutas que não o foram pelo legislador, sob pena de violação do princípio da legalidade previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal.
5. De outro lado, a descrição objetiva do tipo penal em análise somente prevê a saída de divisas do país. Significa dizer que, a contrario sensu, o simples ingresso de divisas em território nacional não se enquadra nessa hipótese de crime contra o sistema financeiro nacional. Portanto, com mais razão, não se ajusta ao tipo penal a conduta do agente que causa a omissão na entrada de divisas no país.
6. De qualquer forma, as exportações se deram, os contratos de câmbio não se realizaram, as divisas deixaram de ingressar no país e os pagamentos se fizeram à margem da lei, em razão dos valores terem sido cambiados de forma clandestina ou por terem sido mantidos em depósitos no exterior.
7. Diante desse quadro, a conduta do acusado se ajusta ao crime de estelionato previsto no artigo 171, § 3º, do Código Penal, já que obteve, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo do Poder Público, tendo em vista que os dólares, correspondentes às mercadorias exportadas pela empresa da qual o acusado é o sócio-gerente, ficaram em mãos alheias ao Tesouro Nacional.
8. Demonstradas a materialidade delitiva e a autoria pelo crime de estelionato previsto no artigo 171, § 3º, do Código Penal, a condenação deve ser mantida por seus próprios fundamentos. No entanto, em razão da reiteração de condutas deve ser aplicada a causa de aumento da pena do artigo 71 do Código Penal, tendo em vista que a empresa do acusado realizou um total de 69 exportações durante o período de 1º/6/2000 a 19/12/2002.
9. Dado parcial provimento ao apelo da acusação para reconhecer a continuidade delitiva e negado provimento ao recurso da defesa.

Sobre essa temática, importante, ainda, mencionar o conceito de moeda.

Segundo Mellagi Filho³⁷:

37 MELLAGI FILHO, Armando. ISHIKAWA, Sérgio. Mercado financeiro e de capitais. São Paulo, Atlas, 2000, p.31

É um bem econômico especial que, possuindo seu próprio mercado, oferta, demanda e preço, pode ser facilmente utilizada para transação com outros bens, permitindo ao titular um maior poder de decisão sobre seus recursos em relação ao espaço e ao tempo.

Embora tenham efeitos idênticos, moeda e divisas não se confundem nos limites do tipo formal que as distingue. Segundo Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens³⁸,

Moeda e divisas não se confundem para os efeitos do delito em questão. Dê-lo o próprio tipo penal, ao distingui-las (moeda ou divisas). Assim, no preciso contexto do tipo, a moeda nacional (papel-moeda) disponível ao brasileiro em território nacional não é divisa. Ainda que encerrem conceitos distintos, pode-se identificar uma relação parcial entre as elementares, no sentido de que a moeda estrangeira pode consistir em divisa, muito embora nem toda divisa seja representada por moeda (papel-moeda) estrangeira.

3.5 Diferença entre evasão de divisas e lavagem de dinheiro

Importante esclarecer, ademais, a distinção entre o crime de lavagem de capitais e o crime de evasão de divisas, a fim de evitar confusões na interpretação do tipo penal em estudo.

Com a edição da Lei nº 9.613, em 03 de março de 1998, passou a ser previsto o tipo penal de lavagem de dinheiro, relegando ao crime de evasão de divisas a função exclusiva de tutelar a regular execução da política cambial, bem jurídico protegido pelo tipo em estudo, conforme anteriormente explicado.

A conduta típica prevista pela Lei nº 9.613/98, em sua redação originária, consistia na ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação, ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: a) de tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins; b) de terrorismo e de seu financiamento; c) de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; d) de extorsão mediante seqüestro; e) contra a administração pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; f) contra o sistema financeiro nacional; g) praticado por organização criminosa; e h) praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

³⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. O crime de evasão de divisas: a tutela penal do Sistema Financeiro Nacional na perspectiva da política cambial brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 170.

O advento da Lei 12.638/2012 operou alterações de natureza jurídico-penal, processual e extrapenal à lavagem de dinheiro, referente à eliminação do rol taxativo dos crimes antecedentes (previsto no art. 1º da Lei original) e a substituição do termo crime por infração penal, englobando, por consequência, as contravenções penais. É forçoso concluir que a passagem para essa legislação denominada de terceira geração, adotada na França, que considera que qualquer crime pode figurar como delito antecedente da lavagem de capitais encontra inicial respaldo na Convenção de Estrasburgo relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime, especialmente na versão atualizada, de maio de 2005. Depreende-se, destarte, o alinhamento do legislador pátrio a essas orientações.

O crime de evasão de divisas, previsto no artigo 22 na Lei 7.492/86, deve pressupor origem lícita, em contrapartida ao crime de lavagem, que exige origem criminosa do dinheiro. Não é possível que o dinheiro tenha origem lícita e ilícita concomitantemente. Com efeito, se o dinheiro foi obtido licitamente e com ele foi “efetuada operação de câmbio não autorizada –com o fim de promover evasão de divisas do país”, ou seja, remetido para o exterior, o agente praticou tal crime na própria operação de câmbio de Reais por moeda estrangeira, desde que com o fim de remessa sem comunicação às autoridades. Tal crime se esgota em si mesmo. É a atividade fim do agente, aplicação do elemento subjetivo do tipo penal.

Outra diferença consiste no fato de que o crime de lavagem de dinheiro exige a prática de outro delito antecedente. O agente ganha dinheiro através de uma infração penal e se ele, por exemplo, remeter os valores para o exterior, caracterizando a intenção de ocultá-lo, aí sim, terá praticado o crime de lavagem. Aqui dois são os crimes praticados. O primeiro, para conseguir o dinheiro, e o segundo (de lavagem), para ocultá-lo. Ambos com bens jurídicos tutelados diversos.

Na evasão de divisas, o dinheiro é ganho de forma lícita e o crime se configura já com a realização da operação de câmbio (não com a sua ocultação), com a finalidade de remessa para o exterior. Na lavagem, o dolo específico do tipo é a “ocultação” do dinheiro. Na evasão cambial, o dolo específico do agente é a própria remessa. Na lavagem, o agente quer “ocultar” o dinheiro, exclusivamente porque o obteve criminosamente. Dessarte, conclui-se que nem sempre a remessa de dinheiro ao exterior tem o objetivo de “ocultação” ou “dissimulação” — nos termos da lei de lavagem, por pode ter finalidade de investimento com sonegação de impostos.

Na evasão de divisas, o agente almeja “aplicar” o dinheiro no exterior — seja para obter melhor rendimento, seja para sonegar a sua existência, para não incidir imposto de

renda etc.—, mas não para esconder a origem (no caso, lícita). Então, nem sempre a remessa não autorizada do dinheiro ao exterior configura a própria prática de crime de lavagem. Nesta, o dinheiro remetido para o exterior necessariamente foi obtido através de um delito penal.

Referidos crimes também divergem na objetividade jurídica. Enquanto no crime de evasão de divisas tutela-se a regular execução da política cambial, no crime de lavagem de dinheiro o crime é pluriofensivo, cujo bem jurídico penalmente protegido é a administração da justiça, por tornar difícil a recuperação dos produtos do crime e, secundariamente, o sistema financeiro nacional e a ordem econômico-financeira são atingidos. registrada posição doutrinária no sentido de ser a ordem econômica o bem jurídico protegido.

A pena privativa de liberdade cominada aos crimes em estudo também é distinta. No crime de lavagem de capitais a pena é de três a dez anos de reclusão, portanto bem maior que a pena prevista no artigo 22, da Lei nº 7.492/86 (dois a seis anos de reclusão).

A grande controvérsia se apresenta na hipótese de alguém praticar, simultaneamente, tanto o crime de evasão de divisas como o crime de lavagem de dinheiro.

A título de exemplo, digamos que um sujeito obtém quantia significativa com a prática do crime de homicídio (crime antecedente da lavagem de dinheiro) e depois envia esse dinheiro para o exterior, em desacordo com os limites e a forma permitidos pela legislação cambial, visando com isso ocultar esses valores das autoridades brasileiras. Nesse caso, surge a dúvida de como responsabilizar o agente. Haveria a incidência do chamado concurso aparente de normas à espécie?

A doutrina majoritária entende não ser possível admitir a incidência das regras do concurso aparente de normas quando o agente visou lesar dois bens jurídicos distintos, como no exemplo acima, devendo ser aplicada a solução preconizada pelo artigo 70, do Código Penal Brasileiro, ou seja, responderá o agente pela prática dos dois crimes em concurso formal, aumentando-se a pena mais grave de um sexto até a metade.

No entanto, deve-se verificar o dolo específico, pois se o agente apenas tem o intuito de remeter recursos para o exterior, sem a finalidade de ocultar sua origem, incidirá somente nas penas previstas no artigo 22, da Lei nº 7.492/86.

4 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

4.1. Considerações iniciais

A Constituição Brasileira de 1988, no Título II, artigo 5o, estabeleceu os principais direitos e garantias individuais, os quais não podem ser restringidos, nem mesmo por Emenda Constitucional (artigo 60, § 4o, inciso IV), pois constituem-se em cláusulas pétreas. Há outros direitos fundamentais espalhados pela Carta Magna (artigo 5o, § 2o), mas a doutrina considera que a base, o núcleo mais relevante deles, encontra-se no artigo 5o.

Entre esses comandos supremos, encontra-se o inciso XV, do artigo 5o, cuja dicção é a seguinte, *ipsis litteris*: "*é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*". Referido direito inalterável - até mesmo por norma de nível constitucional -, tem respaldo nos próprios princípios fundamentais do Direito estabelecidos em convenções internacionais. Não faz sentido, numa democracia, ou num Estado Democrático de Direito vigente atualmente, que as pessoas não possam se movimentar livremente, entrando e saindo do país, sem restrições.

Conforme ensina Ives Gandra da Silva Martins³⁹,

É bem verdade que o legislador maior referiu-se, no texto mencionado, a estar assegurado "nos termos da lei", o que exige do intérprete uma reflexão maior sobre a matéria. Esta reflexão já foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal, o STF, em sucessivos julgados, segundo os quais a lei apenas pode explicitar o conteúdo do preceito constitucional, mas nunca condicioná-lo ao alvedrio do legislador inferior. Em outras palavras, é o legislador ordinário que se subordina ao constituinte e não o constituinte ao legislador ordinário, que apenas pode esclarecer o princípio constitucional que lhe cabe regular. Nada pode criar. Nada pode modificar. Não pode atuar, além de suas modestas forças de intérprete oficial.

O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves, acertadamente declarou que "*a Constituição não se interpreta por lei infraconstitucional, mas é a lei infraconstitucional que se interpreta pela Constituição*"⁴⁰.

³⁹ Disponível em: http://www.academus.pro.br/professor/ivesgandra/material/artigos_livrebens.htm Acesso em: 15/11/2013.

⁴⁰ Processo Administrativo Tributário, coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Ed. CEU e Revista dos Tribunais, 1999, p 30.

Tal pacífica conclusão não apenas do ínclito jurista, mas de todos os ministros da Corte, segundo o doutrinador tributário Ives Gandra da Silva Martins,

Para todos os casos em que a Constituição outorgue ao legislador maior o poder de regulamentar, leva, evidentemente, no caso concreto, a perceber que o legislador ordinário ou a autoridade administrativa do Banco Central encarregada de expedir atos administrativos sobre a matéria não podem impedir a entrada ou a saída de recursos do país de qualquer cidadão brasileiro, desde que sejam legítimos, declarados para a Receita Federal e não decorram de operações ilícitas, tais como de narcotráfico, corrupção etc.

Destarte, não há que se falar em saída ou entrada ilícita de recursos, nem se justificam as permanentes manifestações de autoridades administrativas de que há irregularidades na remessa de recursos para o exterior, sempre que tais recursos estejam legitimados e tenham sido declarados à Receita Federal do Brasil para efeitos fiscais.

Ademais, os titulares de recursos financeiros no exterior têm total liberdade para aplicar suas disponibilidades como bem desejarem fora do país, pois o constituinte não estabeleceu limitação dessa espécie -nem poderia, no vigente regime democrático, opor-se à livre movimentação de bens e de pessoas-, sendo de manifesta inconstitucionalidade qualquer legislação ou ato normativo proveniente do Poder Executivo que impuser exigências restritivas à livre aplicação desses recursos fora do país ou mesmo que exigir seu eventual retorno.

Para o constituinte brasileiro, a lucratividade das aplicações financeiras no exterior deve ser declarada perante a Receita Federal para compor a "aquisição de disponibilidade econômica", a que se refere o artigo 43, *caput*, do Código Tributário Nacional, *in verbis*: O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica. É forçoso reconhecer que os rendimentos destas aplicações devem ser declarados e pagos os tributos respectivos, nos termos da legislação em vigor ou naqueles dos tratados contra dupla tributação.

Cabe mencionar que não se pode considerar que a desvalorização da moeda nacional perante a moeda estrangeira, que cidadão brasileiro ou residente no Brasil possua no exterior, constitua rendimento. Referida conclusão é óbvia, pois o brasileiro que adquire dólares ou euros, não obtém nova aquisição de disponibilidade econômica decorrente do fato de a moeda nacional desvalorizar-se. O indivíduo continua com os mesmos dólares ou euros, com a diferença de estarem preservados das desvalorizações cambiais ocorridas no país.

Tem-se que a questão das remessas para o exterior de recursos de brasileiros ou de residentes é exclusivamente uma questão de natureza fiscal, podendo apenas a legislação impor restrições à saída se os recursos forem adquiridos de forma ilícita ou não declarados ao Fisco, tendo em vista que, neste último caso, tais recursos devem garantir o pagamento de eventuais tributos sonegados, sendo mais difícil à Receita cobrá-los no exterior do que em território nacional.

Fora desta hipótese de interesse exclusivamente tributária, as remessas efetuadas são perfeitamente lícitas, não podendo ser impedidas, nem o legislador infraconstitucional impor limitações não autorizadas pela Carta Magna.

4.2. Ofensa ao princípio da *ultima ratio* do Direito Penal

No que diz respeito à aplicação do princípio da intervenção mínima ao delito em estudo, revela-se importante no cenário penal a discussão em torno da legitimidade da institucionalização dos crimes de perigo abstrato, como o tipificado pelo artigo 22 da Lei 7.492/1986. Consoante lição de Cezar Roberto Bitencourt⁴¹,

O crime de perigo concreto é aquele que precisa ser comprovado, ou seja, deve ser demonstrada a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido. O perigo, portanto, somente é reconhecível mediante uma valoração subjetiva da probabilidade da superveniência de um dano. O perigo abstrato é presumido *juris et de jure*. Este não precisa ser comprovado, pois a lei se contenta com a mera conduta que pressupõe perigosa.

A problemática reside em conciliar a criação dos tipos penais de perigo abstrato em cotejo com os princípios limitadores do Direito Penal, já estudados neste trabalho, mormente no que diz respeito à necessidade de interferência da esfera criminal. Com o surgimento do fenômeno da constitucionalização do Direito Penal, a existência do perigo concreto constitui pressuposto à tipificação penal. A sanção penal apenas se justifica nas hipóteses em que a conduta do agente tenha submetido o bem jurídico tutelado ao menos a um perigo real de lesão, sob pena de não restar legitimada a intervenção penal.

Ademais, a sociedade de risco exige atuação mais dinâmica e eficaz do Direito Penal, no objetivo de atender as novas demandas oriundas do crime organizado, terrorismo,

⁴¹BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008 v.1: parte geral. p.213.

da criminalidade econômica, do tráfico de pessoas, dos delitos eletrônicos praticados via *internet*. Tudo isso compõe o objeto do Direito Penal Econômico.

Nesse sentido, Paulo Silva Fernandes⁴² ressalta que,

o crime por excelência da era global é o crime econômico. Para ele, é o multiplicar, em termos inéditos, tanto da *criminalidade econômica* como da *delinquência de colarinho branco*, como ainda e por último, dos *crimes of the powerful*, em larga escala, de circuitos criminosos que englobam a circulação de grandes capitais e a movimentação de inúmeras pessoas e organizações, frequentemente à escala internacional ou global, em prol de um fim comum, a obtenção de *lucros fabulosos* provenientes da prática criminosa, tudo isto a colocar novos e difíceis problemas ao Direito Penal de cunho clássico.

Nada obstante o avanço perpetrado pelo advento da Lei 7.492/1986, que criminalizou os chamados delitos de colarinho branco, é importante ter em mente que a utilização irresponsável do recurso da tipificação de crimes de perigo abstrato para proteção de bens jurídicos de menor potencial ofensivo pode ser tida como verdadeira formação de um Direito Penal de Perigo, a exemplo do que ocorrera na Alemanha nazista.

Cabe mencionar que a utilização do recurso da criminalização desenfreada possui forte relação com a produção social de grande parte da riqueza, que vem acompanhada por igual produção de riscos. Conforme são alcançados maiores índices de forças produtivas humanas e tecnológicas, surgem muitos riscos até então desconhecidos. Também a dificuldade de prova, nesse peculiar segmento de crimes financeiros e econômicos, estimulou, numa interpretação equivocada, os legisladores modernos na tipificação dos crimes de perigo.

Dessa forma, essa sociedade complexa e em contínua expansão, onde a violência toma proporções cada vez maiores, dá azo ao surgimento do Direito Penal de Risco, caracterizado por excessiva intervenção estatal, muitas vezes desnecessária, como na criminalização em comento, e por uma legislação simbólica, desprovida de princípios axiológicos ou garantistas.

Sobre a sociedade de risco e a missão do Direito Penal na tutela de bens jurídicos supra-individuais, Silveira⁴³ esclarece:

Sem dúvida, a própria noção de sociedade de risco e o próprio conceito de risco permitido em direito penal guardam proximidade extremada com a

⁴²FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001. p.48.

⁴³SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.49.

questão do perigo. O risco tolerável e o perigo penalmente relevante, não, em última análise, de dar pedra de toque ao desenvolvimento de um novo direito repressivo que se pretende estruturar, no caso, o Direito Penal do Perigo, cada vez mais presente nos dias de hoje

Com efeito, a relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios limitadores do Direito Penal clássico pode ser tida como conflituosa. A necessidade do Estado de tutelar bens jurídicos de fundamental importância para a coletividade não deve aniquilar outros valores fundamentais do Direito, em especial, se tais valores funcionarem como garantia do cidadão contra eventuais arbitrariedades praticadas pelo Poder Público.

A primeira baliza que se põe diante dos crimes de perigo abstrato é o Princípio da Lesividade, corolário do princípio da *ultima ratio*. De acordo com tal axioma, o Direito Penal deve interferir somente nas relações sociais quando existir lesão ou perigo de lesão a determinado bem juridicamente relevante. Dessarte, não ensejam a tutela penal atitudes meramente internas, que não passam do plano da cogitação, não havendo quaisquer atos executórios; condutas que não excedam o âmbito do próprio autor ou mesmo aquelas que não afetem qualquer bem jurídico. Nessa esteira, Nilo Batista⁴⁴ preleciona que,

O Direito Penal só pode, de acordo com o princípio da lesividade, proibir comportamentos que extrapolem o âmbito do próprio agente e que venham atingir bens jurídicos de terceiros, conforme o brocardo *nulla lex poenalis sine injuria*.

No ensinamento preciso de Ferrajoli⁴⁵, a ideia de lesividade constitui fundamento de justificação da intervenção penal, numa perspectiva utilitarista. Senão vejamos:

O princípio da lesividade impõe à ciência e à prática jurídica precisamente o ônus de tal demonstração. A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo. Dizer que um determinado objeto ou interesse é um bem jurídico e que sua lesão é um dano é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um bem penal significa, ademais, manifestar um juízo de valor que avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a pena. Sob este aspecto, ao menos a partir de uma ótica utilitarista, a questão do bem jurídico lesionado pelo delito não é diferente da dos fins do direito penal: trata-se da essência mesmo do problema da justificação do direito penal, considerada já não desde os custos da pena, senão de acordo com os benefícios que com ela se pretende alcançar.

⁴⁴BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p.92.

⁴⁵FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.429.

Ferrajoli⁴⁶ estabelece, ainda, as características fundamentais dos regimes autoritários e denomina de Direito Penal Máximo o modelo de atuação do Estado que não leva em consideração a intencionalidade do delito. Nessa perspectiva, qualquer mácula à noção utilitarista de lesividade atinge o princípio da *ultima ratio*, dando ensejo à punição de condutas não lastreadas em uma produção de dano ou de perigo relevante para a sociedade.

Vale enfatizar que o princípio da intervenção mínima, no Direito Penal, deve ser compreendido sob dois aspectos primordiais. Inicialmente, deve ser entendido como um princípio de análise abstrata, servindo de orientação ao legislador criminal no momento da criação ou da revogação de tipos penais. Num segundo momento, confunde-se com a própria natureza subsidiária do Direito Penal, que deve ser alçado à qualidade de *ultima ratio*, em matéria de intervenção estatal.

Nessa linha de raciocínio, ao serem criadas as figuras de perigo abstrato, é relevante ponderar a real necessidade de intervenção do Direito Penal na tutela de determinados bens jurídico-penais. Demais formas de tutela e atuação estatal já se revelam eficazes na persecução desse objetivo, *verbi gratia*, o poder de polícia do Estado, nos ilícitos de natureza ambiental, por exemplo.

Depreende-se que se tutelam, por meio dos crimes de perigo presumido, como o crime previsto no artigo 22 da Lei 7.492/1986, bens jurídicos que poderiam ser protegidos com bastante eficácia por intermédio de outras esferas do Direito, como o Direito Administrativo, o Direito Tributário e o Direito Civil.

Tem-se que a Ciência Penal mostra-se inadequada e até morosa para oferecer resposta satisfatória para a sociedade na proteção de certos bens. Ademais, a utilização simbólica do Direito Penal sem o resultado esperado configura grave atentado à própria essência do Direito Penal, como *ultima ratio*, comprometendo sua eficácia.

Marta Machado⁴⁷, citando Winfried Hassemer, penalista alemão, vinculado à Escola de Frankfurt, defende

A intervenção do Direito Penal apenas na proibição de condutas que provoquem lesão ou perigo de lesão concreto a bens jurídicos de teor individual. Para ele, não é função do Direito Penal tutelar bens jurídicos de cunho supra-individual e os perigos decorrentes da sociedade de risco. Para tanto, o Direito deve lançar mão de outro ramo jurídico, denominado por Hassemer de Direito de Intervenção, que situado entre o Direito Penal e o

46 FERRAJOLI. 2006. p.76.

47 *Apud* MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Sociedade de Risco e Direito Penal. São Paulo: IBCRIM, 2005. p.97.

Direito Administrativo, com redução significativa de garantias individuais e novas formas procedimentais, no entanto, sem a cominação de pesadas sanções de caráter penal, sobretudo privativas de liberdade.

Rafael Lira⁴⁸, tratando do tema em estudo, assevera:

O Direito Penal deve ser utilizado pelo Estado unicamente como pretendido foi em sua elaboração, ou seja, como a *ultima ratio* e não como a *prima* ou *sola ratio*, sob pena de extinção do Estado Democrático de Direito. E, nesse sentido, faz-se mister empregar o mesmo tratamento quando o assunto for a privação de liberdade do acusado/condenado.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM⁴⁹, posicionou-se, com inteira propriedade, no sentido de haver

Um agigantamento da criminalização primária, que – para aqueles que querem ver – revela a fragilidade e a ineficácia das instâncias formais de criminalização secundária (Polícia, Ministério Público, Judiciário, Sistema Penal etc). Para isso, faz-se tabula rasa de conquistas históricas orientadas à limitação do poder punitivo, volatizando-se a ideia de bem jurídico penal e convertendo-se a resposta criminal na *prima ratio* para a solução dos problemas sociais. Relações econômicas são exaustivamente usadas como objeto da tutela penal, sempre recrudescida, num movimento de expansão que parece não encontrar fim. Consequência do uso – melhor seria, do mal uso – do direito penal como solução para todos os embates humanos. Mais preocupante, entretanto, é a reação letárgica da sociedade a esse modelo repressivo. O discurso penal materializa o poder simbólico – ou seria dele uma manifestação? - pois conquista, seduz, envolve as pessoas sem que essas se dêem conta da violência que representa. Em lugar de funcionar como instrumento de contensão do arbítrio estatal limitando o âmbito de ingerência do poder punitivo na vida dos cidadãos, o direito penal simbólico amplia esse campo até as raias do indeterminado, sempre apoiado na falácia do preventismo e do retributivismo.

Não se pode olvidar que na década de 80, em que foi publicada a Lei dos Crimes Contra o Sistem Financeiro Nacional, acreditava-se que o problema socioeconômico do país só seria resolvido com a edição de legislação penal, a fim de se garantir a punição efetiva dos criminosos do colarinho branco.

Nada obstante a implantação de políticas econômicas mais acuradas, concluiu-se, equivocadamente, que o Direito Penal era o meio de controle social apto a solucionar os conflitos econômicos, precipuamente pela garantia de efetiva punição dos delinquentes.

48 LIRA, Rafael. O crime de evasão de divisas: análise crítica sobre a atuação da mídia nos processos pré e pós legislativo, in *Direito Penal Econômico: Questões atuais*. Revista dos Tribunais, 2011, coordenação Alberto Silva Franco e Rafael Lira, 2011, p. 398.

49 Editorial. O excesso de leis penais. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*. São Paulo, ago., 2010, ano 18, n. 213, p. 1-2.

Élcio Arruda⁵⁰, ao abordar o Direito Penal como instrumento de proteção dos bens e valores mais relevantes da sociedade, preleciona ser aquele

A suprema forma de coação estatal, razão pela qual impõe-se a extrema cautela na filtragem dos valores mínimos sujeitos à sua incidência. Sua tarefa é assegurar o núcleo mínimo moral ou o mínimo ético – comentado por Jellinek – extraído à luz das violações reputadas intoleráveis pela consciência social. Por isso, sua ingerência nas relações sociais há de ser a menor possível. Aí, pois, o Princípio da Intervenção Mínima, balizado na Escola de Frankfurt. A falência, a ineficiência e o descrédito dos mecanismos informais de contenção ao crime resultam na convocação do Direito Penal para suprir a demanda por segurança.

Em razão das posteriores criminalizações efetuadas pelas Leis 8.137/90, que protege a ordem tributária, e Lei nº 9.613/98, que tipifica o crime de lavagem de dinheiro, além da previsão no Código Penal Brasileiro dos crimes contra as finanças públicas (artigos 359-A a 359-H do CPB), não se justifica mais a existência do delito de evasão de divisas, tendo em vista que os crimes mencionados acima desempenham muito bem a tarefa de proteção do bem jurídico que se pretende preservar com a criminalização da conduta: a política econômica estatal *latu sensu*.

Ademais, ocorre o conflito aparente de normas no Direito Penal Brasileiro quando duas ou mais leis penais (ou dois ou mais artigos de lei) vigentes são aplicáveis para a mesma infração cometida, tendo como requisito um único fato jurídico abrangido por duas ou mais regras.

A resolução dos conflitos aparentes de normas acontece através da análise dos princípios da especialidade, da subsidiariedade, da consunção/absorção e da alternatividade, todos decorrentes do princípio da intervenção mínima, sob o fundamento de que o Estado não pode punir duas vezes pela mesma conduta.

A peculiaridade dessa problemática reside no fato de que se convencionou afirmar que a distinção entre os crimes de evasão de divisas e o crime tipificado pelo artigo 1º da Lei 8.137/90 (sonegação fiscal) seria a tutela de bens jurídicos diferentes. Em tese, o bem jurídico protegido pelo crime de evasão de divisas é a regular execução da política cambial, como exhaustivamente explanado em tópicos anteriores, e o da Lei 8.137/90, a preservação da ordem tributária.

Ocorre que os bens jurídicos tutelados pelo artigo 22 da Lei 7.492/1986 e pela Lei 8.137/90, apesar de distintos, são muito semelhantes. Há uma tênue linha que divide os

50 ARRUDA, Élcio. Intervenção mínima: um princípio em crise. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. São Paulo, nov., 2008, ano 16, n. 192, p. 13.

bens jurídico-penais protegidos pelas referidas leis. Na verdade, ambas as legislações protegem, por vias diferentes, os mesmos bens jurídicos.

Sobre essa controvérsia, importante mencionar ensinamento de Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio M. De Almeida Delmanto⁵¹

O bem juridicamente tutelado pela Lei 7.492/1986, portanto, é, como já afirmado, eminentemente supra-individual, e amplo, abrangendo, inclusive, a fé pública dos negócios em geral, não obstante, por via reflexa, acabe protegendo interesses individuais como o patrimônio de determinados investidores e a sua circulação. Assim, a Ordem Econômica acabou sendo tutelada tanto pela Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional quanto pela Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo.

Nesse diapasão, importante não confundir o conceito de bem jurídico com o de objeto da conduta. Sabe-se que o bem jurídico relaciona-se com o plano axiológico da tutela penal, devendo estar em consonância com o quadro valorativo constitucional.

Efetivamente, o bem jurídico se apresenta como um juízo positivo de valor que integra dada realidade social que no momento da sua tipificação criminal é abrangido por uma abstração e generalidade pelo legislador, produzindo, dessa forma, desconexão com suas formas de determinação.

Na perfeita definição de Luiz Regis Prado⁵²

A noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano.

A conclusão a que chegamos de que as Leis 7.492/1986 e Lei 8.137/90 tutelam o mesmo bem jurídico, qual seja, a ordem econômica, demonstra ser absolutamente possível a aplicação do princípio da consunção, no caso da conduta de remeter divisas para o exterior com o intuito de burlar o Fisco, já que se trata do mesmo fato, com unidade de bens jurídicos lesados e pluralidade de dispositivos legais que regem a matéria, caracterizando o conflito aparente de normas.

Nessa hipótese, cujo objetivo da conduta de remeter as divisas para o exterior é sonegar tributos, tratando-se do crime-fim, a conduta da evasão de divisas se constitui como mero crime-meio. Logo, depreende-se que o envio de dinheiro para fora do país é parte integrante do *iter criminis* da sonegação fiscal, como instrumento para a consecução do crime

51 DELMANTO, Robert et al.l. Leis penais especiais comentadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28-29.

52 PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico- penal e constituição. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

fim, devendo, pois, neste caso, o delito de evasão de divisas ser absorvido pelo crime contra a ordem tributária, como corolário da aplicação do princípio do *no bis in idem*.

Isso porque é fundamental perquirir acerca do dolo do agente ao praticar a conduta, que no caso foi o de sonegar tributos, e não promover evasão cambial. Destarte, ainda que o crime fim seja punido de forma mais severa, como no caso analisado, o crime-fim o absorverá, tendo em vista que o crime-meio estará localizado meramente na linha de desdobramento de lesão ao bem jurídico.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁵³, cujo relator do processo, atualmente Ministro do STJ, Gilson Dipp decidiu que extinguindo a punibilidade do crime contra a Ordem Tributária, não subsiste o delito de evasão de divisas, em decisão cuja ementa é a seguinte:

Ementa: 1. Penal. Delito contra a ordem tributária e contra o Sistema Financeiro Nacional. Extinção da punibilidade pelo pagamento. Consumação. Extinção da punibilidade. 2. Segundo regras do Direito Penal, a conduta se consuma com a prática do delito, ainda que outro seja o momento do resultado (ART-4 do CP-40), ou seja, quando é feita a falsa declaração com o fim de sonegar impostos. O ano de exercício do lançamento do tributo é de índole tributária e não penal. 3. Uma vez ocorrida a extinção da punibilidade com relação ao delito perpetrado contra a ordem tributária, não subsiste o crime contra o sistema financeiro nacional, eis que as falsas declarações de câmbio emitidas tiveram o fim claro e específico de enganar o fisco, sem maior potencial lesivo. Deve-se ter presente a intenção das fraudes, e esta, inequivocamente, era a de burlar o fisco, não remanescendo daí conduta delituosa alguma, mesmo que diversos os bens jurídicos tutelados. 4. Recurso a que se nega provimento.

No voto, o Relator do acórdão demonstra de forma indubitável a aplicação do princípio da consunção/absorção ao verificar que a conduta do agente foi direcionada para a prática de sonegação fiscal, e não de remeter divisas para o exterior:

Os denunciados pelo que se abstrai dos autos emitiram falsas declarações nas operações de câmbio com o fim claro e específico de enganar o fisco. Em sendo assim, a conclusão é de que com as falsificações das operações de câmbio, praticaram apenas um delito, ou seja, o de sonegação fiscal. Aplica-se ao caso, o princípio da consunção, conforme bem analisado na sentença monocrática.

Destarte, visando a aplicação de um Direito Penal Garantista, torna-se absolutamente necessário revisar os fundamentos de aplicação e construção do princípio da consunção adequando-os a uma visão constitucionalista em prol de um direito penal mais justo e menos simbólico, em observância ao princípio da intervenção mínima.

⁵³ Recurso Criminal nº 95.04.168973/RS, Relator Juiz Gilson Dipp – TRF4

No mesmo entendimento, também se posicionou o TRF da 4ª Região⁵⁴ ao decidir pela aplicação do princípio da consunção ao caso da prática de evasão de divisas como crim-meio para a lavagem de dinheiro, *in verbis*:

PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. ART. 334 DO CP. ART. 22 DA LEI 7.492/86. INCISOS V E VI DO ART. 1º, § 1º, I E § 2º, I, DA LEI Nº 9.613/98. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS PELO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO. POSSIBILIDADE. LAVAGEM DE DINHEIRO. ELEMENTO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. 1. Crime contra o sistema financeiro nacional que teria se consumado em momento anterior ao delito de descaminho, em face da exigência de diversos exportadores, para que recebessem, de forma antecipada, um percentual, ou mesmo a totalidade do valor correspondente ao pagamento das mercadorias importadas, feito através de depósitos em contas abertas em bancos internacionais sediados no exterior. 2. Branqueamento de capitais que se iniciou pela dissimulação da origem dos valores ilícitos, obtidos através do crime antecedente de descaminho, por meio da dispersão dos valores em diversas contas de pessoas físicas e jurídicas, que funcionavam, muitas vezes, como testas-de-ferro ou de fachada. 3. ***Quantias que foram empregadas para a realização de outras importações e pagamento dos fornecedores localizados no exterior, através do crime de evasão de divisas, procurando dar a elas uma aparência de licitude, razão pela qual se constituiu numa das etapas para emprestar efetividade ao delito de lavagem de dinheiro, sendo por este absorvido.*** 4. Hipótese em que não restou devidamente evidenciado nos autos o dolo de corrêu quanto ao delito previsto na Lei 9.613/98, não se podendo presumir que ele soubesse da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos, em face de ter sido condenado pelo crime contra o sistema financeiro nacional.

Outro não é, *mutatis mutandis*, o posicionamento do TRF da 4ª Região⁵⁵ acerca da aplicabilidade do princípio da consunção quando da prática do delito previsto no artigo 22 da Lei 7.492/1986 com o intuito de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, saída ou consumo da mercadoria proveniente do exterior, senão vejamos:

PENAL. DOCUMENTOS PÚBLICOS AUSÊNCIA DE AUTENTICAÇÃO E DE IMPUGNAÇÃO DE SUA VERACIDADE. CREDIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. DELITO DE AUTORIA COLETIVA. DESCAMINHO. INSIGNIFICÂNCIA. ABERTURA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS. INTIMAÇÃO DOS RÉUS PARA ACOMPANHAMENTO. NULIDADE. LEI Nº 9.430/96. EMENDATIO LIBELLI. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE DESCAMINHO PARA O PREVISTO NO ART. 2º, I, DA LEI Nº 8.137/90. CRIME CONTINUADO. INSUFICIÊNCIA DE PROVA. ABSOLVIÇÃO. CRIME DE QUADRILHA. CIÊNCIA E VONTADE DE SE ASSOCIAR. PROPÓSITO DELIBERADO. CONHECIMENTO RECÍPROCO. DESNECESSIDADE. ART. 22 DA LEI Nº 7.492/86. CRIME-MEIO. ABSORÇÃO. PENA APLICADA.

⁵⁴(TRF-4 , Relator: TADAAQUI HIROSE, Data de Julgamento: 17/12/2009, QUARTA SEÇÃO)

⁵⁵(TRF-4 - ACR: 41264 RS 2000.71.00.041264-1, Relator: LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, Data de Julgamento: 25/07/2007, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 01/08/2007)

PRINCÍPIO DO MAJOR ABSORBET MINOREM. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. EFEITOS DA CONDENAÇÃO. PERDA DOS BENS. DOSIMETRIA DA PENA. BIS IN IDEM. PRESCRIÇÃO. As cópias não autenticadas de documentos públicos reverterem-se de credibilidade, possuindo valor probante, ainda mais quando ausente impugnação da sua veracidade e sendo condizentes com o restante das evidências coligidas. Precedentes desta Corte. Tendo as provas um mesmo desiderato, uma poderá substituir a outra. Se a acusação, de forma objetiva, descreve o fato criminoso, identificando a conduta de cada réu e sua participação na associação para os delitos capitulados na peça inicial, não há falar em inépcia da denúncia. Tratando-se de delito de autoria coletiva, não se tem como inepta a denúncia, que não descreve, pormenorizadamente, a conduta dos denunciados, quando não obstrui, nem dificulta o exercício da mais ampla defesa. Eventual inépcia da peça acusatória só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa dos acusados, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no artigo 43 do Código de Processo Penal. O princípio da insignificância nos casos dos crimes de descaminho/contrabando é aplicado quando o valor do tributo não recolhido se mostra irrelevante, justificando, inclusive, o desinteresse da Administração Pública na sua cobrança. Se as apreensões dos arquivos magnéticos se deram por ordem judicial deferida no curso das investigações policiais, não é caso de aplicação das disposições contidas no artigo 36 e seu parágrafo único, da Lei nº 9.430/96, que regulariza o procedimento a ser obedecido pela autoridade fiscal e não em diligências determinadas judicialmente. Não é possível a desclassificação do delito de descaminho para o previsto no art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, pois a norma do art. 334, segunda parte, do Código Penal, é especial em relação àquela, prevalecendo sobre a geral, face ao princípio da especialidade. Tendo os fatos delituosos imputados aos acusados sido praticados em épocas próximas, nas mesmas condições de tempo, lugar, finalidade e maneira de execução, formando uma continuidade, impõe-se o reconhecimento do crime continuado e não de concurso material. A insuficiência de prova implica na absolvição do réu. Não se concebe que uma pessoa seja condenada pelo delito de quadrilha, sem a prova indubitosa de que tinha consciência e vontade de se associar a outras com a finalidade de cometer crimes. Se restou demonstrado que os denunciados associaram-se, de modo permanente e estável, a fim de perpetrarem de forma reiterada os crimes descritos na denúncia, devem ser condenados pelo delito de quadrilha ou bando. Pouco importa que os seus componentes não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa ou que cada um desempenhe uma tarefa específica. O que importa verdadeiramente é o propósito deliberado de participação ou contribuição, de forma estável ou permanente para o êxito das ações do grupo. Muito embora se admita uma denúncia genérica em se tratando de crime societário, de difícil individualização da conduta de cada participante, quando da sentença é imprescindível a individualização da conduta dos réus, cabendo ao órgão ministerial o ônus de provar ainda que infimamente o envolvimento do denunciado de forma concreta nos fatos descritos na denúncia. ***Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País e promover, sem autorização legal a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele manter depósitos não declarados à repartição federal competente, é crime. Constitui-se em crime meio o delito de evasão de divisas praticado com o escopo de realizar o descaminho, crime fim.*** Sendo a pena aplicada ao crime de evasão de divisas

mais severa, estende-se à situação o princípio de que o major absorbet minorem, pois a finalidade dessa categoria jurídica é suavizar os rigores do concurso material. Se os crimes antecedentes foram praticados contra o sistema financeiro e contra a administração pública, na modalidade de descaminho/contrabando, aplica-se o disposto nos incisos V e VI do art. 1º, § 1º, I e § 2º, I, da Lei nº 9.613/98. Não é exigida a prova cabal dos delitos antecedentes, bastando apenas indícios da prática das figuras mencionadas nos incisos I a VII para que se complete a tipicidade. São efeitos da condenação a perda em favor da União, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa fé (art. 91, II, b, CP). Não se pode considerar negativas circunstâncias contidas no artigo 59 do Código Penal para exacerbar as penas, quando tais condutas são inerentes àquelas tipificadas em dispositivos que o réu já restou condenado. Se o réu foi condenado a cumprir pena de até dois anos, a prescrição se dá em quatro anos e se conta dos fatos até o recebimento da denúncia e desta até a publicação da sentença, nos exatos termos do artigo 109, inciso V, c/c os artigos 110 e 107, inciso IV, do Código Penal.

Com efeito, o delito de evasão de divisas afigurava-se ilegítimo em sua origem, considerando a *ratio* que inspirou sua edição. A própria doutrina, inobstante com parcela de razão criticando a omissão do legislador penal no âmbito do sistema financeiro nacional, reconhecia que o bem jurídico protegido na hipótese deveria direcionar-se à correta execução da política cambiária estatal, visando a coibir as condutas que contra ela ofendam os direitos delegados ao Banco Central, no campo específico das suas prerrogativas de fazer funcionar regularmente o mercado cambial, bem como o normal processamento do comércio exterior.

Entretanto, insta enfatizar que políticas econômicas governamentais, sejam elas econômicas, sociais ou culturais, emergenciais ou não, jamais podem ser implementadas pela via penal, ao menos num Estado que pretenda autodenominar-se democrático e de direito.

O tipo penal de evasão de divisas, por seu patente anacronismo, consubstancia, atualmente, um dispositivo dissonante agredindo a sintonia do regime cambial adotado pelo país. Ademais, a criminalização das condutas típicas pelo artigo 22 da Lei 7.492/1986 não tem lugar dentro dos processos de integração econômica *internationes* que se desenvolvem ao redor do mundo, pois, como bem observado pelo eminente jurista e professor José de Faria Costa⁵⁶, “se todo comportamento, quer individual, quer colectivo, está inexoravelmente determinado pelo fenómeno da globalização, então, os comportamentos criminais, também eles não podem deixar de ser determinados por essa mesma realidade.”

56 O fenómeno da globalização e o direito penal económico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 34, abr-jun. 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 11.

Atualmente, discute-se a função do crime de evasão de divisas, que, em tese, deixou de ter relevância penal. Isto ocorreu pelo fato de que a economia nacional adquiriu, juntamente com a economia global, uma característica de transnacionalidade, na qual o capital está em constante fluxo. Quanto ao controle penal, o mercado globalizado demonstra uma potencialização do intervencionismo punitivo estatal diante dos sujeitos ou comportamentos que estima desviantes.

A criminalização das condutas contra o sistema financeiro, como ocorre sobre a conduta de evasão de divisas, visa à eficácia preventiva do poder punitivo no sentido de utilizar a norma penal com efeitos meramente simbólicos, ferindo o princípio da intervenção mínima. Essa atitude repressiva estatal intenta punir as condutas que supostamente venham a obstaculizar ou prejudicar diretamente as atividades no sistema financeiro, tentando desta forma blindá-lo. Entretanto, tais medidas punitivas-simbólicas violam diretamente os direitos e garantias do indivíduo, duramente conquistados e assegurados pela Constituição Federal de 1988.

Dissecada a ilegitimidade da *ratio* fundante do tipo penal de evasão de divisas, percebe-se consistir em mera função de controle cuja carga ética foi fincada pela norma, exposto seu descompasso com o regime cambial hodiernamente em vigor no Brasil, que revela sua desnecessidade à vista do caráter fragmentário do direito penal.

4.3. O malferimento da garantia constitucional da livre locomoção no território nacional

Conforme exaustivamente explanado em tópico anterior, existe uma garantia constitucional que autoriza todos os brasileiros e residentes no Brasil a transitarem livremente pelo país ou até mesmo atravessar suas fronteiras levando consigo seus bens.

Nesse sentido, vale enfatizar que resoluções do Banco Central, Decretos, Atos Normativos, Instruções Normativas, Pareceres Normativos ou quaisquer outros atos administrativos que veiculem manifestações do oriundas do Poder Executivo não são lei e nem têm o condão de explicitar o inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal. Em contrapartida, o que pretendeu o constituinte dizer quando declarou que aquele dispositivo constitucional depende de lei? Queria, por acaso, dizer que a Constituição Federal se subordina ao livre arbítrio do legislador infralegal ou, em vez disso, que cabe ao legislador ordinário apenas explicitar o princípio inserto na Carta Magna?

É evidente, já tendo sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive,

que cabe ao legislador apenas a função explicitadora, não podendo aumentar, restringir ou alterar o alcance da norma constitucional. Se pudesse, claramente, seria a Constituição que se subordinaria à legislação complementar ou ordinária, e não estas à Constituição.

Considerando que apenas pode explicitar o conteúdo dos comandos supremos, pergunta-se: poderia o legislador infraconstitucional limitar a livre circulação de bens e pessoas, constante do inciso XV, do artigo 5º, apenas permitindo a saída de bens a determinadas circunstâncias e não a outras? Obviamente que a resposta é não, pois, se o fizesse, estaria impondo um impedimento à livre circulação de bens para o exterior, que não consta do dispositivo constitucional. Pela Constituição Federal de 1988, qualquer pessoa pode trazer e levar seus bens do país, pois é uma garantia constitucional que nenhuma lei ou mesmo emenda constitucional pode suprimir. O legislador inferior jamais pode se opor ao legislador superior.

Nessa esteira, de conformidade com essa linha de raciocínio, qualquer dispositivo legal que restrinja a saída de bens, a título de “evasão de divisas”, é de manifesta inconstitucionalidade. Não está aqui se negando a prerrogativa a que tem direito o Governo – e isto de forma inequívoca — de verificar se aqueles bens não são frutos da sonegação, corrupção, narcotráfico ou qualquer outro ilícito, podendo e devendo punir o agente infrator, seja ele brasileiro ou não, que promova essa movimentação, jamais a título evasão de divisas, mas por sonegação tributária, peculato, crime de lavagem de dinheiro ou outro crime tenha sua conduta tipificada pela legislação penal.

Por sua vez, o contribuinte que cumpre com suas obrigações fiscais, aquele que tem seus bens devidamente declarados, está autorizado, pela Constituição, a fazer circular seus bens dentro e fora do país, de acordo com a sua vontade, já tendo o Poder Judiciário, ao realizar controle difuso, derrubado ações do Ministério Público Federal que pretendiam enquadrar como evasão de divisas a conduta de cidadãos que levavam para fora recursos declarados e de sua legítima propriedade. O artigo 5º, inciso XV, da Constituição desautoriza, pois, qualquer lei restritiva que impeça a livre circulação de bens legitimamente adquiridos, sendo “cláusula pétrea” no direito pátrio.

Nessa esteira, já se manifestou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁵⁷ sobre a impossibilidade de consumação do delito quando o dinheiro trazido consigo ao território nacional pelo indivíduo seria devidamente vistoriado pela Polícia Federal, ante a aplicação do inciso XV do artigo 5º da CF/88, *in verbis*:

57 (TRF-3ª região, ACR- 3884, Rel. Juiz Batista Gonçalves, 2ª Turma, DJU 26/07/2000)

PENAL. LEI 7.492/86. ART. 22. EVASÃO DE DIVISAS. ART. 5º, XV, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CRIME IMPOSSÍVEL. ABSOLVIÇÃO. I- A ATITUDE DO DENUNCIADO, COLOCANDO OS DÓLARES NA MALETA DE MÃO, A QUAL NECESSARIAMENTE SERIA VISTORIADA PELO RAIOS X DA POLÍCIA, TORNOU IMPOSSÍVEL A CONSUMAÇÃO DO DELITO. II- INEXISTIU TENTATIVA DE CRIME, DADO QUE O CRIME IMPOSSÍVEL NÃO CONSTITUI FIGURA TÍPICA PENAL. III- SEM DOLO ESPECÍFICO NÃO SE CONSUMA O DELITO CAPITULADO NO ART. 22 DA LEI 7.492/86. IV- AS PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS CONVENCEM QUANTO ÀS JUSTIFICATIVAS DADAS PELO APELADO, QUE ADQUIRIRA A MOEDA NO MERCADO FORMAL, VIAJAVA COM REGULARIDADE AO EXTERIOR E COMO É EXTREMAMENTE ECONÔMICO, CUIDOU DE JUNTAR AO MONTANTE ATUAL, AS SOBRES DE VIAGENS ANTERIORES, AS QUAIS CONSTITUÍRAM MERA SEGURANÇA FINANCEIRA ÀS INCERTEZAS DA VIAGEM, QUE DEVERIAM RETORNAR EM PARTE AO PAÍS, ATÉ SEREM ALVO DE SEMELHANTE COMPORTAMENTO QUANDO DAS PRÓXIMAS FÉRIAS. V- TENDO ADQUIRIDO AS DIVISAS REGULARMENTE NO MERCADO FORMAL, OS DÓLARES APREENDIDOS SÃO PATRIMÔNIO DO APELADO. **AO CASO, POIS, É DE SER APLICADO O DISPOSTO NO ART. 5º, XV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE GARANTE AOS CIDADÃOS O LIVRE INGRESSO, PERMANÊNCIA E SAÍDA DO PAÍS, COM OS SEUS BENS.** VI- HAVENDO CIRCUNSTÂNCIAS QUE EXCLUEM A PUNIBILIDADE DO ACUSADO, A R. SENTENÇA DEVE SER MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS. VII- APELAÇÃO CRIMINAL IMPROVIDA

No mesmo entendimento o Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁵⁸ ao conceder habeas corpus a estrangeiro que não adquiriu a moeda trazida consigo ao território nacional que não foi adquirida no governo brasileiro, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. EVASÃO DE DIVISAS. SONEGAÇÃO FISCAL. - Paciente alemão residente na Alemanha, portando dólares de origem lícita em bagagem de mão ao embarcar para seu país, não comete crime de evasão de divisas, se não adquiriu a moeda do governo brasileiro. Constituição Federal, artigo 5º, XV. Não se pode imputar crime de sonegação fiscal, antes de decisão da autoridade fiscal competente, impondo o tributo. - Habeas corpus deferido

Da mesma maneira a posição da jurisprudência do TRF da 2ª Região⁵⁹, ao absolver o réu da acusação de crime de evasão de divisas ante a aplicação o inciso XV do artigo 5º da CF, considerando, ainda, a origem lícita do dinheiro, cuja ementa segue:

PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. EVASÃO DE DIVISAS. ART.22 DA LEI N 7.492/86. INCIDÊNCIA DO INCISO XV DO ART. 5º DA CRFB/88 . CONDUTA ATÍPICA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. - A conduta do agente não se amolda ao crime de evasão de divisas descrito no parágrafo único da Lei nº 7.492/86. - **O Apelado tentou embarcar no vôo AF-441 da Air France, com destino a Paris, portando a quantia de US 19.350,00, não declarada à autoridade competente. - Durante o curso do processo, o réu comprovou ser fruto de seu trabalho anterior a origem do dinheiro.** - Aplicação, in casu, do art. 5º, XV da CRFB/88, que assegura a livre locomoção de qualquer pessoa com seus bens no território nacional em tempo de paz. - Sentença mantida. Apelação desprovida.

⁵⁸(TRF-2ª Região, 5ª Turma, Rel. Antonio Ivan Athié, DJU 11/07/2002)

⁵⁹(ACR 200251015018654, Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORREA, TRF2 - PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::11/01/2006 - Página::65.)

Destarte, nada obstante a criminalização das condutas de remessa de divisas para o exterior efetuada pela Lei dos Crimes do Colarinho Branco, a jurisprudência majoritária, acertadamente, têm reconhecido a garantia estatuída pelo inciso XV do artigo 5º da Carta Maior, assegurando o direito à livre locomoção de qualquer pessoa com seus bens no território nacional em tempo de paz.

Ainda assim, a aplicação pelos citados tribunais do dispositivo constante da Carga Magna, por si só, não se mostra suficiente para garantir a efetiva justiça aos acusados do cometimento do delito de evasão de divisas, tendo em vista a sua evidente inconstitucionalidade, dado que não cabe a uma norma inferior limitar uma garantia assegurada pela Constituição, elevada inclusive ao status de cláusula pétreia, situado topograficamente no título da Carta Magna dedicado aos direitos fundamentais.

Com efeito, estamos diante de uma inconstitucionalidade material, pois os atos normativos emanados do Poder Executivo, através do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional, vão de encontro ao que está estipulado pela Constituição Federal de 1988, sendo certo que não deveriam ter o condão de obrigar os jurisdicionados, em razão do seu status infralegal.

4.4. Da desnecessidade de criminalização das condutas abrangidas pelo tipo – inobservância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atuando como limite dogmático à criação dos tipos criminais de perigo abstrato, têm como função estabelecer o parâmetro da razoabilidade na fixação das sanções de natureza penal, de forma que esta seja compatível e proporcional à gravidade da conduta praticada pelo agente. Nesse sentido, Rogério Greco⁶⁰ esclarece:

Podemos destacar dois momentos de aferição obrigatória da proporcionalidade das penas. Inicialmente, o primeiro raciocínio seria levado a efeito considerando as penas cominadas em abstrato. Como princípio implícito, podemos extrair o princípio da proporcionalidade do princípio da individualização das penas. Quando o legislador cria o tipo penal incriminador, proibindo ou impondo determinado comportamento sob ameaça de uma sanção de natureza penal, esta sanção deverá ser proporcional à gravidade do mal praticado pelo agente com a prática da ação penal.

⁶⁰GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal. Niterói: Impetus, 2005. p.111.

Ocorre que referidos princípios não se ocupam apenas da importância do bem jurídico, de modo a legitimar a atuação penal. Na verdade, a gravidade da conduta consiste em mais uma vertente de interpretação relevante para justificar a tutela penal. Nos crimes de perigo abstrato, em razão da magnitude do bem jurídico tutelado, o legislador presume que o perigo ocorre com a mera prática da conduta prevista no tipo penal, ante a formulação de um juízo *ex ante*, no sentido de presumir o perigo, em razão da prática de determinada conduta, mesmo que, no caso concreto, nenhuma ameaça de lesão se cristalize em desfavor do bem jurídico.

Destarte, parece ofensivo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a aplicação de sanções penais, sobretudo privativas de liberdade, quando no caso concreto, ante a inexistência de perigo, a gravidade da conduta não justifique tamanha intervenção na esfera individual do agente infrator.

Nessa esteira, cabe realizar uma regressão histórica acerca do estereótipo dos agentes ativos dos crimes. Sabe-se que, por um longo tempo, o banco dos réus foi ocupado somente por integrantes de populações carentes, desprovidos de condição social mediana. As acusações circundavam quase sempre por crimes cujo bem jurídico protegido era o patrimônio, a vida humana ou crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.

A criminologia positivista, embasada pelas teorias de Lombroso, classificava o criminoso como sendo o pobre, o feio, mal vestido, das mais baixas classes sociais, sem muitos estudos, muitas vezes até analfabeto, com problemas patológicos, deficiências mentais ou psicológicas, dentre outros.

Entretanto, após o advento da Lei 7.492/86, que tipifica os Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, novos personagens passaram a frequentar as Varas Criminais da Justiça Federal. Tal fato gerou certo grau de satisfação na sociedade, que se sentiu finalmente vingada pelos crimes que outrora restavam impunes. Abordando o assunto, Alberto Toron⁶¹ preleciona que

Abusos que antes eram objeto de viva repulsa, passaram a ser não apenas tolerados, como de certa forma, incentivados. Assim, prisões preventivas são requeridas e decretadas amiúde, empresários e homens e governo são publicamente eschachados, mesmo que se tratem de meros suspeitos.

Neste aspecto, insta analisar os aspectos históricos da aplicação da prisão preventiva. Quando do surgimento da prisão, sua função era apenas acondicionar os

61 TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos? Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM. São Paulo, out-dez, 1999, ano 7, n 28, p. 74.

condenados até o momento de suas execuções, ou seja, a prisão servia apenas como depósito dos presos até a execução da pena capital. Importante compreender que a prisão nem sempre foi tida como forma de castigar o condenado.

Ao passar dos anos, as prisões passaram a ser associadas a uma forma de obrigar os condenados a trabalhar para o Estado, como uma medida compensatória aos crimes cometidos, de onde surgiram as casas de trabalho.

Posteriormente, consolidou-se a prisão como uma forma eficaz de controlar a criminalidade, ocasião em que passou a ser considerada uma pena. E, como nos dias de hoje, a pena privativa de liberdade passou a funcionar não só como maneira de retribuição de serviços do do condenado à sociedade, como também um meio de ressocialização.

Nesse contexto, ao analisar o perfil do agente ativo do delito de evasão de divisas, verifica-se a incompatibilidade da aplicação da pena de prisão se avaliada sob a ótica da função da pena privativa de liberdade. Isso porque é evidente que não há que se falar em ressocialização de uma pessoa que frequentou boas instituições de ensino, que ocupa cargos de considerável importância na sociedade, em outros termos, não cabe falar em ressocialização de um indivíduo que já está integrado dentro dos padrões exigidos pela sociedade.

Nesse entendimento, os Doutores José Faria Costa e Manuel da Costa Andrade⁶² aduzem que

não terá grande sentido tentar ressocializar delinquentes que se vêem a si próprios e são vistos pelos outros como símbolos do próprio sistema e que muitas vezes racionalizam as suas infrações apelando para a lealdade aos valores últimos do sistema, contra a interpretação apócrifa o legislador que incrimina e pune.

O que se discute aqui é a ineficácia da imposição da pena privativa de liberdade ao agente que comete o crime de evasão de divisas. Não se mostra razoável com a própria sociedade, colocar em convívio conjunto criminosos comum e acusados presos provisoriamente ou condenados pelo crime previsto no artigo 22 da Lei 7.492/86, por se tratar de pessoas bens relacionadas, além de poderosas, política e financeiramente.

Sobre o tema, a professora Cláudia Cruz Santos⁶³ estabelece que

62 FARIA COSTA, Jose de, COSTA ANDRADE, Manuel da. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico. Temas de Direito Penal Economico. Roberto Podval (org.). Sao Paulo: RT, 2001, p. 359-360.

63 SANTOS, Cláudia Cruz. O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo. Temas de Direito Penal Económico. São Paulo, RT, 2001, P. 219-220.

Quando ao julgamento e à determinação da sanção criminal, o que defendemos não é que os criminosos de colarinho branco sejam sistematicamente condenados a penas efectivas. Seria, de facto, uma enorme contradição apontar as desvantagens da pena privativa de liberdade em relação ao grosso da criminalidade – mencionando o seu carácter dessocializador, estigmatizante e criminógeno – e vir depois clamar pela sua aplicação em maior número de casos aos *white-collars*. O que nos parece imperativo é, ao invés, tal como em relação a todos os agentes considerados culpados pela prática de um crime, a pena de prisão só seja aplicada quando for indispensável à luz de considerações preventivas. Sempre que adequadas à ressocialização do agente – ou quando não haja qualquer carência de uma intervenção socializadora – e sempre que não contrárias à reafirmação das expectativas comunitárias na validade da norma violada, deve ser dada preferência às sanções de substituição.

Em síntese, como bem observado por Cezar Roberto Bitencourt⁶⁴, a pena é um mal necessário, mas há muito tempo deixou de ser a ilusão da salvação da sociedade diante do crescimento da violência e do mito da ressocialização.

4.5. Considerações finais

Considerando o que se estudou até o momento, percebemos que a manutenção da criminalização da conduta de evasão de divisas não é a melhor estratégia de política econômica e criminal adotada pelo Estado. Isso porque os agentes atores da cena financeira possuem plena noção dos riscos que correm no exercício de suas atividades, pois sabem até que ponto suas condutas poderão ser enquadradas na modalidade criminosa. Referidos agentes calculam o eventual lucro advindo com a operação clandestina, e qual o eventual prejuízo que surgirá, caso sejam enquadrados na modalidade criminosa.

Com efeito, percebe-se que para reforçar o cuidado, a confiança e a estabilidade das reservas cambiais é muito mais proveitoso, ao País, a atração de novos investimentos do que a criminalização de condutas de evasão cambial. De fato, o delito de evasão de divisas existe por força de uma equivocada tendência adotada pelo Direito Penal Moderno: a utilização de um Direito Penal simbólico. A aplicação prática dessa norma penal simbólica é muito pouco utilizada, ou, quando aplicada, acaba por não atingir aos grandes criminosos, mas somente os denominados “testas-de-ferro” e “laranjas”.

A manutenção do artigo 22, da Lei 7.492/86 no Projeto do novo Código Penal talvez seja mais vantajosa para satisfazer a sociedade do que uma eventual modificação em

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Criminologia e o mito da função ressocializadora da pena. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 10. ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 129-157.

sua redação, ou até mesmo a sua abolição. A sua existência, da forma como previsto, somente serve como instrumento alusivo à sua presença no ordenamento jurídico, ministrado como resposta a um eventual surgimento de clamor público, trazido pela *mass media*, quando criticam a impunidade dos grandes criminosos financeiros no Brasil. Nesse sentido, assinala Roberto Lyra⁶⁵, quando comenta acerca dos crimes praticados pelo honrado “homem de negócios”:

O clamor público dirigido grita ‘pega-ladrão’! (Os pequenos ladrões, os ladrões diretos, que ‘trabalham’ e se arriscam) e não ‘pega-explorador’!

Quando, demagogicamente, constam da lei penas contra o que chamo de criminalidade absoluta é mesmo ‘para constar’. A norma deixa de ser jurídica vitalmente caracterizada pela sanção aplicada em sentença executada.

Ademais, outra demonstração de que a criminalização da conduta de evasão de divisas é simbólica e ineficaz consiste na exigência das empresas multinacionais e dos grandes investidores, para início de operações no País, da existência de uma norma penal que criminalize a conduta de evasão de divisas, como garantia para uma suposta “livre concorrência”. Isso considerando que os grupo multinacionais e os grandes investidores somente aplicam seus recursos em mercados que lhe forneçam a garantia de retorno ao investimento. O lucro visado pode advir de incentivos fiscais – o que gera grandes manifestações por parte dos negócios já em funcionamento – ou da garantia de que todos os concorrentes utilizarão os mesmos instrumentos contábeis e fiscais para regerem seus negócios. Nesse caso, a criminalização da evasão de divisas serviria como inibição de uma possível sonegação fiscal, e conseqüente aumento do lucro por parte da concorrência.

Não se pode admitir a existência de um tipo penal, exclusivamente, com o intuito de evitar a sonegação fiscal, advindas das operações de evasão de divisas, tendo em vista que já existe legislação própria que protege o bem jurídico em comento. Acreditamos que criminalização da conduta de evasão de divisas subsiste ainda no ordenamento jurídico pátrio apenas por sua função instrumentalizadora, com o escopo de facilitar o controle exercido pelo BACEN, sobre as operações financeiras envolvendo pessoas físicas ou jurídicas e instituições financeiras públicas ou privadas, que possuam residência fiscal no Brasil.

Além do que, o entendimento de que o cidadão brasileiro não pode circular ou sair do país com a quantia superior a R\$ 10.000,00 (dez mil Reais), sem comunicar às

65 LYRA, Roberto. Criminalidade Econômico-Financeira. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 44.

autoridades competentes, viola o direito constitucional assegurado no artigo 5º, XV, da Constituição da República Federativa do Brasil, somente servindo para auxílio na fiscalização da circulação de grandes quantias de valores monetários. Ora, se um cidadão é flagrado portando uma grande quantia de dinheiro em espécie no Brasil, surgem *incontinenti* sérias suspeitas, o que certamente conduzirá a autoridade policial à instauração de inquérito policial para apurar tal conduta.

Destarte, a manutenção do artigo 22, da Lei 7.492/86 no Projeto do novo Código Penal, para o controle do tipo de conduta abordado no parágrafo anterior, acaba sendo, para as autoridades públicas, a tão esperada ponta do *iceberg*, na qual enseja o início de uma investigação com pretensão condenatória que, geralmente, acaba frustrada, resultando em traumas e constrangimento aos investigados, ante a repercussão midiática ocasionada pelas possíveis prisões preventivas decretadas no decorrer do procedimento inquisitório.

Quanto à elevação ao status de bem jurídico penalmente tutelado, das reservas cambiais do país, sabe-se que sua importância é notória para o equilíbrio e a estabilidade da economia. Entretanto, o que se questiona é o fato de as reservas cambiais não serem carecedoras da proteção pelo Direito Penal, sendo certo que o Direito Penal não é instrumento hábil para atingir o objetivo pretendido.

Destarte, a inobservância de uma regra de controle poderia ser no máximo punida com uma sanção administrativa, que não possui como pressuposto a lesão ou colocação em perigo de qualquer bem jurídico. Com efeito, a simples infração dessas regras de controle já se justifica para a sanção administrativa. Nesse contexto, Tavares⁶⁶ exemplifica as distorções que ocorrem no equívoco interpretativo de alçar uma função estatal à condição de bem jurídico penal:

Não difere dessa estrutura a sanção imposta a quem deixa de comunicar à receita federal o transporte de dinheiro para fora do país, além de certo limite. Veja-se que a sanção é aplicável, independentemente de que uma outra pessoa o tenha feito, mas com relação a quantias infinitamente superiores, quer dizer, sem levar em consideração o fato de que quem transporta dez mil Dólares (sic.) e não faz a comunicação deste transporte à receita federal causa, no fundo, muito menos prejuízo do que aquele que transporta um bilhão de Dólares, mas comunica o transporte desta quantia. O que está em jogo, neste caso, não é o patrimônio público, somente a função de controle de informação. A gravidade desta última hipótese está em que a sanção, aqui, não é meramente administrativa, mas também criminal, nos termos da legislação vigente, sem ter havido lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, quer dizer, faz-se de uma simples função de controle um

66TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 211.

objeto de proteção penal, o que é um absurdo e viola os pressupostos constitucionais da incriminação.

Com efeito, somos favoráveis à descriminalização como corolário da interpretação sobre a conduta de evasão de divisas à luz dos princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima do Direito Penal. Nesse sentido, deve ser afastada a incidência da tutela penal, em razão de existirem outras maneiras de se proteger as reservas cambiais, como a adoção de políticas econômicas diligentes; estancamento da fuga de capitais; planos estratégicos de investimentos; políticas estáveis de juros e inflação; políticas de atração do capital estrangeiro não-especulativo; incentivo à política de exportações; maior controle nas informações de saídas de divisas; cooperação entre os órgãos fiscalizadores bancários nacionais e internacionais, entre outros.

5. CONCLUSÃO

O Direito Penal deve ser utilizado subsidiariamente, como corolário do princípio da intervenção mínima. Com efeito, a banalização da utilização do Direito Penal gera uma suposição ilusória de poder consistir em instrumento não só eficaz para os fins preventivos, bem como substituir a adoção de políticas sociais e econômicas aptas a coibir a ocorrência da conduta indesejada.

A consequência final do grave equívoco e utilizar-se do Direito Penal de maneira desmedida como se fosse a solução de todos os problemas sociais e econômicos do país foi a proliferação de normas muitas vezes de expressão meramente retórica e de escasso significado simbólico, como a do delito previsto no artigo 22 da Lei 7.492/86.

Com efeito, não há justificativa para a intervenção penal no caso da proteção de reservas cambiais, devendo ficar o controle dessas operações a cargo dos órgãos específicos do Estado – BACEN e Conselho Monetário Nacional – que devem implementar políticas monetárias e cambiais eficientes ao controle de suas reservas financeiras.

Ademais, tendo em vista a garantia estatuída pelo inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, da livre locomoção em território nacional em tempo de paz, depreende-se que operações de câmbio não demandam autorização especial e todo brasileiro pode livremente transferir seu patrimônio, bem como adentrar e sair do país com seus bens.

Dessarte, verifica-se o grande erro no qual o Estado-administração incorreu ao criminalizar as condutas objeto do presente estudo, no exercício de sua função fiscalizatória, tendo em vista adianta nada controlar severamente as comunicações das operações de câmbio executadas pelas instituições financeiras autorizadas, se não há controle sobre as operações executadas em sede de câmbio paralelo ou Dólar cabo, por não serem estas abrangidas pela criminalização operada pelo artigo 22 da Lei 7.492/86, tratando-se de condutas atípicas.

De fato, a função fiscalizatória exercida sobre as instituições financeiras autorizadas pode, eventualmente, detectar alguma irregularidade sobre a operação realizada, entretanto, a danosidade econômica e social perpetrada pelas operações de câmbio paralelas é infinitamente maior e sem qualquer controle por parte do Estado, haja vista a sua atipicidade e ausência de previsão na Lei dos Crimes do Colarinho Branco.

Além do que, é evidente que não se pode alçar como um bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal a mera função de controle administrativo por parte do Estado, não sendo aceitável que o Direito Penal tutele essa espécie de função. A função de fiscalização pelo BACEN detém natureza instrumental para a configuração de um fim específico. Assim,

não pode haver um delito sem uma lesão concreta ao bem jurídico, ou ao menos suficientemente reconhecível, sobre o qual recaia a sua proteção.

A nossa Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, ressalta em seu artigo 192 a importância do Sistema Financeiro Nacional. Entretanto, verifica-se no plano infraconstitucional a redação dada ao artigo 22, da Lei 7.492, de 16 de junho de 1986 que não torna esse enunciado apto para proteger o único objeto alçado à categoria de bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal no âmbito da evasão de divisas que é o consubstanciado nas reservas cambiais nacionais, pela ausência de lesão concreta no caso em comento, sendo protegido mero perigo de lesão, o que não justifica a intervenção penal como corolário da *ultima ratio*.

É cediço que as reservas cambiais são de extrema importância para os Estados e seus cidadãos, pois são vitais à saúde financeira de um país, considerando o contexto da globalização na qual está inserido. Destarte, a reserva cambial pode ser classificada na categoria de bem jurídico supra-individual e coletivo, sendo a suposta lesão contra ele perpetrada malefício que atinge a todos, mesmo que indiretamente, já que capaz de afetar a estabilidade econômica dos negócios entre os indivíduos que operam nesse mesmo sistema financeiro, afetando toda a coletividade.

Nada obstante a importância e a extrema relevância da preservação das reservas cambiais, tem-se que a remessa ilegal poderia ser punida de forma administrativa, por meio de multa, e não por meio de um crime. *In casu*, não há como alçar o bem jurídico em comento à categoria da proteção criminal, pois as demais esferas do Direito, tais como o Direito Administrativo, Direito Civil e Direito Tributário revelam-se suficientes e eficazes para coibir as condutas criminalizadas pelo tipo.

Ademais, observa-se, ainda, o malferimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao se imputar pena privativa de liberdade aos agentes que realizam as condutas típicas constantes do artigo 22 da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, tendo em vista a ausência de requisito para a segregação dos criminosos do colarinho branco, qual seja, a necessidade de ressocialização dos condenados, função primordial da pena.

Como consequência das posteriores criminalizações efetuadas pelas Leis 8.137/90, que protege a ordem tributária, e Lei nº 9.613/98, que tipifica o crime de lavagem de dinheiro, além da previsão no Código Penal Brasileiro dos crimes contra as finanças públicas (artigos 359-A a 359-H do CPB), não se justifica mais a existência do delito de evasão de divisas, em razão de que os crimes mencionados acima desempenham muito bem a

tarefa de proteção do bem jurídico que se pretende preservar com a criminalização da conduta: a política econômica estatal *latu sensu*.

Por essas razões, defende-se aqui a exclusão da conduta de evasão de divisas da ameaça penal, da maneira como está disposta no artigo 22 da Lei 7.492/86, pois não possui qualquer eficácia intimidatória, tendo a utilização do direito penal um valor meramente simbólico, além do referido dispositivo estar eivado de inconstitucionalidade material, pela ofensa ao disposto no artigo 5º, inciso XV da Carta Magna.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARRUDA, Élcio. **Intervenção mínima: um princípio em crise**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. São Paulo, nov., 2008, ano 16, n. 192.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Econômico Brasileiro**, São Paulo: IBDC, 2000.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Tradução brasileira Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DELMANTO, Robert et al.l. **Leis penais especiais comentadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIA COSTA, Jose de, COSTA ANDRADE, Manuel da. **Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico. Temas de Direito Penal Economico**. Roberto Podval (org.). Sao Paulo: RT, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, Parte Geral**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense 2003.
- FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns**. Coimbra: Almedina, 2001.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Niterói: Impetus, 2005.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v.1, t.1.
- LIRA, Rafael. O crime de evasão de divisas: análise crítica sobre a atuação da mídia nos processos pré e pós legislativo, in **Direito Penal Econômico: Questões atuais**. Revista dos Tribunais, 2011, coordenação Alberto Silva Franco e Rafael Lira, 2011
- LYRA, Roberto. **Criminalidade Econômico-Financeira**. Rio de Janeiro: Forense, 1978
- MARQUES, Frederico José. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Processo Administrativo Tributário**, Ed. CEU e Revista dos Tribunais, 1999.
- MELLAGI FILHO, Armando. ISHIKAWA, Sérgio. **Mercado financeiro e de capitais**. São Paulo, Atlas, 2000
- MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação complementar**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico- penal e constituição**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal In: _____. Problemas fundamentais de direito penal**. Traduzido por Ana Paulo dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.
- SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Administração e Finanças**. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.
- SANTOS, Cláudia Cruz. **O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo. Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo, RT, 2001.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. **O crime de evasão de divisas: a tutela penal do Sistema Financeiro Nacional na perspectiva da política cambial brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. **Limites Normativos do Delito de Evasão de Divisas, in Direito Penal Econômico: Questões atuais**. Revista dos Tribunais, 2011, coordenação Alberto Silva Franco e Rafael Lira, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TORON, Alberto Zacharias. **Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos?** Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM. São Paulo, out-dez, 1999, ano 7, n 28.
- ZINI JR., Álvaro Antonio. **Taxa de câmbio e política cambial no Brasil**. São Paulo: Edusp/BM&F, 1995.