

O CRIME DE MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NÃO DECLARADOS NO EXTERIOR (ARTIGO 22, PARÁGRAFO ÚNICO, *IN FINE*, DA LEI Nº 7.492/86): ANÁLISE DO TIPO PENAL A PARTIR DO BEM JURÍDICO TUTELADO

MARCELO COSTENARO CAVALI

Juiz Federal Substituto da 6ª Vara Criminal de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Lei nº 7.492/1986 nos dias atuais: releitura normativa “de cima para baixo” e “de baixo para cima”. 3. Bens jurídicos difusos e crimes econômicos. 4. A noção de bem jurídico como critério de interpretação da norma penal. 5. Dever administrativo de declaração da manutenção de depósitos no exterior perante a Receita Federal e o Banco Central. 6. O bem jurídico tutelado pelo tipo de manutenção de depósitos não declarados no exterior (art. 22, parágrafo único, última figura, da Lei nº 7.492/86). 7. A repartição federal competente mencionada no art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86. 8. Atipicidade da conduta de falta de declaração da manutenção de depósitos no exterior até o ano-base 2000: ausência de complemento normativo. 9. Valores mínimos de depósitos a exigirem declaração e data-base a ser considerada. 10. (Ir)retroatividade das normas cambiárias complementares do tipo penal. 11. Síntese das principais conclusões. 12. Referências bibliográficas.

RESUMO: Entre as funções do conceito de bem jurídico sobressaem as de verificação da constitucionalidade de tipos penais e de sua respectiva interpretação teleológica. No âmbito do direito penal econômico, em que se tutelam bens jurídicos difusos, a noção de bem jurídico se vê especialmente reforçada como mecanismo de inibição de uma aplicação meramente formal dos tipos penais. Parte-se dessa premissa para se analisar elementos normativos do tipo penal de manutenção não declarada de depósitos no exterior, em especial a “repartição federal competente”, o valor mínimo dos depósitos e a data-base a ser considerada para a caracterização do crime.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal econômico. Bens Jurídicos Difusos. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Evasão de divisas. Depósitos mantidos no exterior. Política Cambial. Lei penal em branco. Ausência de complemento normativo. Ir(retroatividade) do complemento de leis penais em branco. Repartição Federal Competente.

1. Introdução

O artigo 22 da Lei nº 7.492/1986 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) estabelece:

“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.”

Tal dispositivo, tratado genericamente como crime de “evasão de divisas” (apesar de tipificar condutas relacionadas a valores que não necessariamente tenham sido evadidos do Brasil), contempla, em verdade, três condutas distintas, quais sejam: a) realização de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país (*caput*); b) evasão de moeda ou divisa para o exterior sem autorização legal (parágrafo único, primeira parte); e c) manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente (parágrafo único, segunda parte).

Assim, da mesma maneira que ocorre, por exemplo, com os delitos de contrabando e descaminho, figuras penais distintas estatuídas no mesmo artigo 334 do Código Penal, não se confundem as infrações penais tipificadas no artigo 22 da Lei nº 7.492/1986¹.

Pretende-se, no presente trabalho, tecer algumas considerações relacionadas ao delito estatuído na segunda parte do parágrafo único do artigo, correspondente à manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente, especificamente no que diz respeito a qual seja tal “repartição federal competente” e, por consequência, quais os respectivos complementos normativos, onde devem ser verificados os valores mínimos de depósitos a exigirem declaração, a data-base a ser considerada, interpretando o tipo penal a partir do bem jurídico tutelado pela norma.

Em outras palavras, resta claro do dispositivo que a conduta de manter depósito no exterior não configura crime. O tipo penal exige complementação normativa. Evidentemente, para que se possa compreender a conduta criminosa é preciso que sejam esclarecidas algumas questões, tais como: a) *quem* é obrigado a declarar a manutenção de depósitos no exterior; b) *quanto* deve ser o valor do depósito para que exista a obrigação de declarar; c) *como* deve ser cumprida essa obrigação; d) *quando* deve ser cumprida essa obrigação; e) *para quem* (qual “repartição federal competente”) devem ser declarados os depósitos.

Para penetrar na análise de tais questões de forma juridicamente sólida, a exposição se divide na seguinte estrutura: a) contextualização histórica e sistêmica da Lei nº 7.492/1986; b) considerações sobre a noção de bem jurídico difuso e crimes econômicos; c) exame do dever administrativo de declaração da manutenção de depósitos no exterior perante a Receita Federal e o Banco Central; d) identificação do bem jurídico tutelado pelo tipo penal do artigo 22, parágrafo único (segunda parte), da Lei nº 7.492/1986; e) determinação de qual a “repartição federal competente” mencionada no tipo penal a partir das premissas obtidas nos tópicos antecedentes; f) identificação dos valores mínimos de depósitos a exigirem declaração e data-base a ser considerada; g) (ir)retroatividade penal das normas cambiárias que regulamentam o dever de declaração.

¹ Pode ocorrer, entre as três figuras do artigo 22 da Lei nº 7.492/1986, situação de progressão criminosa ou de crime progressivo. É o que se dá, por exemplo, no caso do dólar-cabo. É que, inicialmente, verifica-se a realização de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País, perfectibilizando o delito do *caput*. Se, em seguida, efetivamente ocorre a saída (ainda que meramente escritural) das divisas, tem-se uma progressão criminosa (ou um crime progressivo, se ficar caracterizado que o agente já tinha a intenção de prosseguir na prática delituosa) entre a figura do *caput* e a primeira figura do parágrafo único. Tal progressão criminosa (ou crime progressivo) pode continuar até a manutenção dos depósitos no exterior (artigo 22, p. ún., segunda figura), sem a competente declaração à autoridade federal competente.

2. A Lei nº 7.492/1986 nos dias atuais: releitura normativa “de cima para baixo” e “de baixo para cima”

Em 2011, a Lei nº 7.492/1986 completou 25 (vinte e cinco) anos. Editada num ambiente normativo diferente daquele inaugurado em outubro de 1988 e, muito mais ainda, do *locus* constitucional hoje vigente, as normas que se extraem do texto da Lei nº 7.492/1986, *hic et nunc*, não são as mesmas construídas a partir dos mesmos dispositivos legais ao tempo de sua publicação.

Lembre-se que a norma jurídica em geral, e a Constituição em especial, é obra viva, mutável conforme a evolução da sociedade que pretende regular. Consoante já teve ensejo de afirmar o Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, “[a] Constituição é a ordem jurídica de uma sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade – repito: o direito, instância da realidade social, é movimento, e não linguagem congelada. Por isso podemos dizer que em verdade não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. Pois o que realmente hoje existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada” (voto proferido no RE 390840, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julg. 09.11.2005, DJ 15.08.2006).

Ademais, não só os fundamentos constitucionais que embasam o direito penal protetor do Sistema Financeiro Nacional se modificaram. Também, em igual ou talvez até maior medida, modificou-se de modo notável o próprio Sistema Financeiro Nacional, especialmente o mercado cambial e sua regulamentação, o que impõe uma releitura das normas penais relacionadas.

Portanto, do ponto de vista hierárquico-normativo, a Lei nº 7.492/1986 sofreu, passado um quarto de século desde sua edição, alterações “de cima para baixo”, por meio de um processo de filtragem constitucional, e “de baixo para cima”, através de uma renovação dos elementos normativos que preenchem boa parte dos tipos penais. Sua releitura crítica, portanto, é imperiosa.

Nesse contexto é que deve ser entendida qualquer aproximação interpretativa que se pretenda sobre os tipos penais da Lei nº 7.492/1986, como a que agora se realiza sobre o delito de manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente.

3. Bens jurídicos difusos e crimes econômicos

A questão do(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s) nos crimes ditos econômicos é bastante controversa na doutrina. Antes de examinar diretamente o tema – sobre o qual não tenho a pretensão de ser exaustivo –, impõem-se algumas breves considerações acerca da importância da noção de bem jurídico para a adequada compreensão dos tipos penais².

Bem jurídico pode ser definido como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”³.

² Especificamente a respeito da noção de bem jurídico, entre muitas obras que se dedicam ao tema, cf. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. A. L. Callegari e N. J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; e PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 63.

Os bens jurídicos podem ser de caráter individual ou metaindividual e, para serem merecedores de tutela penal, além de não serem eficazmente protegidos por normas não penais, devem estar “sempre em compasso com o quadro axiológico (*Wertbild*) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito”⁴, ou seja, devem encontrar fundamento, direta ou indiretamente, na Constituição, repositório dos fundamentos e valores essenciais acolhidos no ordenamento jurídico.

Isso porque, num Estado Democrático de Direito, sobressaem, em matéria penal, os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima, que exigem que a sanção penal seja destinada exclusivamente àquelas condutas consideradas ofensivas aos bens jurídicos que não possam ser adequada e satisfatoriamente tuteladas por normas de caráter administrativo, civil etc. Enfim, no Estado Democrático de Direito, a sanção penal deve ser encarada como *ultima ratio* do sistema⁵.

A primeira questão que se apresenta é a da compatibilidade desse direito penal fundado, constitucionalmente, na noção de bem jurídico, com a proteção de bens jurídicos metaindividuais, como ocorre na criminalidade econômica.

Em que pese as opiniões em sentido contrário, deve ser entendida como válida a tutela penal de bens jurídicos coletivos. O tema, em verdade, não é novo. A não se admitir tais incriminações, até mesmo crimes contra a Administração Pública, como a corrupção e o peculato não seriam admissíveis, na medida em que protegem a integridade de algo intangível, que não compõe a individualidade de nenhum ser humano.

A questão, todavia, ganha contornos mais dramáticos no contexto da chamada sociedade de risco (Ulrich Beck)⁶. Tal modelo de sociedade atual demanda a regulação penal das atividades capazes de produzir perigo, com o intuito de se atenuar a insegurança decorrente da complexidade, globalidade e dinamismo social, na expectativa de que o Direito Penal seja capaz de evitar condutas geradoras de risco e de garantir um estado de segurança. A justificativa para a antecipação da tutela penal para momento anterior à efetiva lesão ao interesse protegido é a prevenção e o controle das fontes de perigo a que estão expostos os bens jurídicos, para tratar situações antes não conhecidas pelo Direito Penal tradicional. Assim, para previsão de determinada conduta como reprovável, instaura-se uma relação meramente hipotética entre a ação incriminada e a produção de perigo ou dano ao bem jurídico. O ilícito penal, nessa linha de raciocínio, pode consistir na infração do dever de observar determinada norma, concentrando-se o injusto muito mais no desvalor da ação do que no desvalor do resultado, que se torna cada vez mais difícil identificar ou mensurar⁷.

⁴ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. vol. I. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 257.

⁵ “A intervenção penal como a ‘ultima ratio’ da política de proteção estatal, apenas naqueles casos em que uma outra forma menos drástica de sanção não se mostre suficientemente eficaz, teria a sua razão de ser, precisamente, no fato da pena interferir com valores essenciais do indivíduo”. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Trad. A. P. S. L. Natscheradetz, A. I. Figueiredo e M. F. Palma. Lisboa: Veja, 1998. p. 29.

⁶ *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

⁷ É verdade que essa tendência pode entrar em choque com os pressupostos do Direito Penal clássico, fundado na estrita legalidade, na proporcionalidade, na causalidade, na subsidiariedade, na intervenção mínima, na fragmentariedade e lesividade, por exemplo. A situação é paradoxal, na medida em que, de um lado, defende-se que o Direito Penal dedique-se apenas à proteção subsidiária repressiva dos bens jurídicos essenciais, por meio de instrumentos tradicionais de imputação de responsabilidade, segundo princípios e regras clássicos de garantia, e, de outro, postula-se a flexibilização e ajuste dos instrumentos dogmáticos e das regras de atribuição de responsabilidade, para que o Direito Penal reúna condições de atuar na proteção dos bens jurídicos supra individuais e no controle dos novos fenômenos do risco.

Reputo acertado, ademais, o entendimento de que existem *bens jurídicos de relevo social inequívoco*, que, mais do que admitir, reclamam do legislador tutela na esfera penal. Entre tais bens, destaca-se a ordem econômico-tributária e a regularidade do sistema financeiro, em suas finalidades de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social” (art. 170 da Constituição) e de “servir aos interesses da coletividade” (art. 192 da Constituição)⁸.

No caso dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, nota-se que o bem jurídico, em muitos casos, não se mostra claramente identificável. Essa circunstância leva parte da doutrina a, constantemente, sustentar sua inconstitucionalidade.

Costuma-se referir à boa execução da política econômica governamental como sendo o bem jurídico tutelado pela Lei nº 7.492/1986⁹. Em verdade, o bem jurídico protegido pela lei não é propriamente a boa execução da política governamental, mas, sim, a regularidade e o desenvolvimento do próprio Sistema Financeiro Nacional, dentro de cujo âmbito se promove a mencionada política.

A diferença, que parece, à primeira vista, insignificante, é, a meu ver, substancial. A política governamental, em determinado momento histórico, pode se mostrar equivocada e, até mesmo, contrária aos ditames constitucionais. Já o Sistema Financeiro Nacional, que, conforme imposição constitucional (artigo 192), deve ser “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”, consubstancia “patrimônio pertencente a toda a coletividade”, “bem jurídico cuja tutela interessa à coletividade”¹⁰.

É isso, por conseguinte, que se busca proteger com a tutela penal veiculada pela Lei nº 7.492/1986: o propiciar de condições saudáveis de funcionamento da ordem econômica estabelecida pela Constituição de 1988, que pressupõe a organização do mercado, a regularidade de seus instrumentos, a confiança nele depositada pelos seus participantes, a estabilidade e transparência das instituições que lidam com valores alheios, o estabelecimento de regras claras e seguras de negociação, a proteção das poupanças etc.

A garantia de seu adequado funcionamento e desenvolvimento, por sua vez, são fundamentais para a economia de mercado em que se funda a ordem jurídico-econômica brasileira, “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e que “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (artigo 170 da Constituição da República).

Em última instância, portanto, a proteção do Sistema Financeiro Nacional – inclusive, quando proporcional, pela criminalização das condutas que mais gravemente contra ele atentem – é um imperativo da ordem econômica voltada para a justiça social incorporada à Constituição brasileira.

Por outro lado, se esse é o bem jurídico tutelado, em geral, pela Lei nº 7.492/1986, cada delito nela tipificado deve proteger mais especificamente algum dos aspectos do Sistema Financeiro, tal como a confiabilidade das instituições financeiras, decorrente da fiscalização pública – no caso do crime tipificado no artigo 16 da Lei nº 7.492/1986, por exemplo.

⁸ FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp. 97-98 e 262.

⁹ PIMENTEL, Manuel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: RT, 1987. p. 26.

¹⁰ MAZLOUM, Ali. *Crimes do Colarinho Branco: objeto jurídico, provas ilícitas*. Porto Alegre: Síntese, 1999. pp. 39-40.

Firmadas essas premissas, reputo, sob uma perspectiva geral, que a atribuição de desvalor a condutas que colocam em risco bens jurídicos difusos, por si só, não inquina o tipo penal do vício da inconstitucionalidade – podendo mesmo decorrer de imposição constitucional. É necessário, porém, averiguar-se a existência de proporcionalidade na criminalização da conduta, analisando-se o fim pretendido, a efetividade do meio e a estrita necessidade da utilização da *ultima ratio* jurídica.

4. A noção de bem jurídico como critério de interpretação da norma penal

Superado esse ponto, destaco que, entre as funções mais importantes da noção de bem jurídico-penal, encontra-se a de informar a interpretação teleológica do tipo penal. Nesse sentido, a noção funciona como “um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e alcance à finalidade de proteção a certo bem jurídico”¹¹.

Conforme tem entendido o Supremo Tribunal Federal, ao aplicar o princípio da insignificância, “O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social”¹².

Com efeito, o tipo penal existe, sempre, para a tutela de um (ou mais) bem(ns) jurídico(s). É isso que justifica sua existência. Não se pode atribuir a causa da aplicação de uma sanção penal apenas à tipicidade formal, mera subsunção do fato concreto à hipótese de incidência penal. Para que um fato seja considerado típico, exige-se também a constatação da tipicidade material (a presença de um critério material de seleção do bem a ser protegido)¹³.

Conforme expõem ZAFFARONI e PIERANGELI, “Sem o bem jurídico, não há um ‘para quê?’ do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico caímos num formalismo legal, numa pura ‘jurisprudência de conceitos’”¹⁴.

Funciona, a noção de bem jurídico, nesse caso, como indicativo de uma interpretação teleológica reductiva¹⁵. Essa premissa deve estar subjacente à análise de cada tipo penal examinado.

5. Dever administrativo de declaração da manutenção de depósitos no exterior perante a Receita Federal e o Banco Central

Antes de examinar o tipo penal, é preciso frisar que não existe dúvida de que as pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no País possuem o dever administrativo de declarar

¹¹ PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 51.

¹² STF, HC 100316, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 15.12.2009, DJe 12.02.2010.

¹³ STF, RE 536486, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julg. 26.08.2008, DJe 19.09.2008.

¹⁴ *Manual de direito penal brasileiro*. vol. I. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. pp. 398-399. Acrescentam, ainda, os autores (*Op. cit.* p. 394): “O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma nem lesivas do bem jurídico tutelado”.

¹⁵ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 147.

a existência de depósitos mantidos no exterior a duas repartições públicas distintas: a Receita Federal e o Banco Central.

Em relação à Receita Federal, tal obrigação, para a pessoa física, decorre da previsão do artigo 25, § 4º, da Lei nº 9.250/1995:

“Art. 25. Como parte integrante da declaração de rendimentos, a pessoa física apresentará relação pormenorizada dos bens imóveis e móveis e direitos que, no País ou no exterior, constituam o seu patrimônio e o de seus dependentes, em 31 de dezembro do ano-calendário, bem como os bens e direitos adquiridos e alienados no mesmo ano.

(...)

§ 4º Os depósitos mantidos em bancos no exterior devem ser relacionados pelo valor do saldo desses depósitos em moeda estrangeira convertido em Reais pela cotação cambial de compra em 31 de dezembro do ano-calendário, sendo isento o acréscimo patrimonial decorrente de variação cambial.”

Tal dever vem regulamentado no Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda). Prevêem os artigos 798 e 804 do RIR:

“Art. 798. Como parte integrante da declaração de rendimentos, a pessoa física apresentará relação pormenorizada dos bens imóveis e móveis e direitos que, no País ou no exterior, constituam o seu patrimônio e o de seus dependentes, em 31 de dezembro do ano-calendário, bem como os bens e direitos adquiridos e alienados no mesmo ano.

§ 1º Devem ser declarados:

(...)

III - os saldos de aplicações financeiras e de conta corrente bancária cujo valor individual, em 31 de dezembro do ano-calendário, exceda a cento e quarenta reais;

(...)

Art. 804. Os saldos dos depósitos em moeda estrangeira, mantidos em bancos no exterior, devem ser relacionados com a indicação da quantidade da referida moeda, convertidos em Reais com base na taxa de câmbio informada pelo Banco Central do Brasil para compra, em vigor na data de cada depósito.”

Já as pessoas jurídicas são obrigadas a incluir, em sua declaração de renda, os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, desde que o Brasil passou a adotar o regime de universalidade (tributação global) da renda, com o advento da Lei nº 9.249/1995, cujo artigo 25 dispõe:

“Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.”

Tal dever vem regulamentado no Decreto nº 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda). Prevê o artigo 808 do RIR:

“Art. 808. As pessoas jurídicas deverão apresentar, até o último dia útil do mês de março, declaração de rendimentos demonstrando os resultados auferidos no ano-calendário anterior.”

A obrigação de declaração da manutenção de valores no exterior ao Banco Central, para pessoas físicas ou jurídicas, decorre do estabelecido no Decreto-lei nº 1.060/1969:

“Art. 1º. Sem prejuízo das obrigações previstas na legislação do imposto de renda, as pessoas físicas ou jurídicas ficam obrigadas, na forma, limites e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a declarar ao Banco Central do Brasil, os bens e valores que possuem no exterior, podendo ser exigida a justificação dos recursos empregados na sua aquisição.

Parágrafo único. A declaração deverá ser atualizada sempre que houver aumento ou diminuição dos bens, dinheiros ou valores, com a justificação do acréscimo ou da redução.”

Ocorre que, por mais de 30 anos, a declaração dos valores à Receita Federal supriu a necessidade de declaração ao BACEN, na medida em que, através da Resolução nº 139, de 18 de fevereiro de 1970 – revogada somente pelo art. 8º da Resolução CMN nº 2911/01 –, o BACEN delegou, em seu item I, a atribuição para o controle de tais declarações ao Ministério da Fazenda: “O recebimento e o controle das declarações de bens e valores no exterior a que estão obrigadas as pessoas físicas ou jurídicas, domiciliadas ou com sede no Brasil, na forma do Decreto-lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, serão executados pelo Ministério da Fazenda, conforme entendimentos entre esse Ministério e o Banco Central do Brasil”.

Com base nessa delegação, o Ministério da Fazenda, por intermédio da Secretaria da Receita Federal, expediu o Ato Declaratório Normativo nº 7, de 31 de julho de 1981, no qual determinou que a obrigação prevista no Decreto nº 1.060/69 estaria suprida pela declaração anual de imposto de renda: “Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal e demais interessados, que a apresentação anual de bens e valores de que trata o artigo 619 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 85.450, de 4 dezembro de 1980, supre a exigência prevista no artigo 1º do Decreto-lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, que prevê a declaração ao Banco Central do Brasil de bens e valores existentes no exterior, de pessoas físicas residentes no País”.

Essa situação perdurou até a revogação da Resolução 139/70 pelo artigo 8º da Circular nº 2.911, de 29 de novembro de 2001, a qual dava autorização ao BACEN para fixar os limites e as condições da declaração de capitais brasileiros fora do território nacional. Em 7 de dezembro de 2001, foi editada a Circular nº 3.071 do Banco Central do Brasil, que disciplinou a Declaração Anual de Capitais Brasileiros no Exterior a partir de 2002, com data base de 31.12.2001, nos seguintes termos:

“Art. 1º. As pessoas físicas e jurídicas residentes, domiciliadas, ou com sede no país, assim conceituadas na legislação tributária, devem informar, anualmente, ao Banco Central do Brasil, os valores de qualquer natureza, os ativos em moeda e os bens e direitos mantidos fora do território nacional, por meio de declaração na forma a ser disponibilizada na página do Banco Central do Brasil na Internet (...) a partir de 02 de janeiro de 2002.

Art. 2º. (...)

Art. 3º. As informações referentes ao ano de 2001, com data-base em 31 de dezembro, devem ser prestadas no período de 02 de janeiro a 31 de março de 2002.

Art. 4º. Os detentores de ativos cujo total, em 31 de dezembro de 2001, seja inferior ao equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ficam dispensados de prestar a declaração de que trata esta Circular.”

Tal regulamentação vem sendo renovada anualmente (Circulares nºs 3.110/02, 3.181/03, 3.225/04, 3.278/05, 3.313/06, 3.345/07, 3.384/08, 3.442/09 e Resoluções nºs 3.854/10 e 3.523/11), tendo sido modificado o limite mínimo para obrigatoriedade da declaração. Tal limite, que era originariamente de R\$ 10.000,00, conforme exposto acima, passou a ser de R\$ 200.000,00, ainda para a data-base de 31.12.2001, nos termos do art. 1º da Circular nº 3.110/2002; de R\$ 300.000,00, para a data-base 31.12.2002, de acordo com o artigo 3º da Circular nº 3.181/2003 e de US\$ 100.000,00, desde 2003, conforme as Circulares nºs 3.225/2004, 3.278/2005, 3.345/2007, 3.384/2008 e 3.442/09 e Resoluções nºs 3.854/10 e 3.523/11.

Não se discute, portanto, que, do ponto de vista administrativo, atualmente, existem deveres de apresentação de declarações de manutenção de capitais no exterior, a depender do valor, tanto ao Banco Central como à Receita Federal. Ainda do ponto de vista administrativo, o descumprimento de ambas as obrigações gera a aplicação de sanções: pelo Banco Central, com fulcro no art. 1º, *caput*, da Medida Provisória nº 2.224, de 04 de setembro de 2001¹⁶; pela Receita Federal, com base no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96¹⁷.

O que gera polêmica é a questão atinente a qual dos entes se refere o artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86, quando alude à “repartição federal competente”. E tal questão, a nosso ver, somente pode ser adequadamente resolvida se analisado o tipo penal à luz do bem jurídico tutelado.

6. O bem jurídico tutelado pelo tipo de manutenção de depósitos não declarados no exterior (art. 22, parágrafo único, última figura, da Lei nº 7.492/86)

A doutrina não é pacífica quanto ao bem jurídico protegido pela norma em comento. Uma investigação mais detida do bem jurídico tutelado, embora fundamental para a boa compreensão do tipo penal, tem sido negligenciada pela doutrina, que não tem retirado daí, em regra, as consequências necessárias para a interpretação do tipo penal.

Rodolfo Tigre Maia afirma que há “nítida predominância da proteção à ordem tributária, eis que os registros oficiais tem por objeto, neste caso, a cobrança de tributos eventualmente aplicáveis, sem prejuízo dos reflexos cambiais da conduta”¹⁸.

¹⁶ “Art. 1º O não-fornecimento de informações regulamentares exigidas pelo Banco Central do Brasil relativas a capitais brasileiros no exterior, bem como a prestação de informações falsas, incompletas, incorretas ou fora dos prazos e das condições previstas na regulamentação em vigor constituem infrações sujeitas à multa de até R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais)”.

¹⁷ “Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata”.

¹⁸ *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 139.

Já para Andrei Schmidt e Luciano Feldens, o bem jurídico protegido é a “regular execução da política cambial, uma vez certo que depósitos titulados no exterior constituem-se como um passivo cambial”. Prosseguem afirmando que “Mais especificamente, o controle exercido pelo BACEN sobre depósitos no exterior tem por objetivo mapear o quadro dos capitais brasileiros no exterior e conhecer a composição do passivo externo líquido do País, dados esses convenientes e necessários à boa formação da política cambial brasileira, sendo essa a finalidade protetiva da norma”¹⁹.

À União compete administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada, nos termos do artigo 21, inciso VIII, da Constituição. Tais atribuições são exercidas, essencialmente, pelo Banco Central, a quem compete “atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos” (artigo 11, inciso III, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964).

O Banco Central assim justifica a obrigatoriedade da declaração: “O levantamento sobre capitais brasileiros no exterior complementa a contabilidade do total de ativos e de passivos externos do Brasil para a aferição da Posição Internacional de Investimentos (PII), importante fonte de informações para a formulação da política econômica nacional. Adicionalmente, os dados obtidos permitem ao País atender à Pesquisa Coordenada sobre Investimentos em Portfólio (*Coordinated Portfolio Investment Survey - CPIS*), gerenciada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e que envolve mais de oitenta países comprometidos com a divulgação do quadro total dos ativos, desagregados por diferentes rubricas”²⁰.

Portanto, para o Banco Central, a declaração dos capitais pertencentes a brasileiros mantidos no exterior possui *duas finalidades*, sendo uma ligada à política econômica brasileira e a outra atrelada à cooperação internacional.

No que diz respeito à primeira finalidade, trata-se de verificar a totalidade dos capitais brasileiros relevantes existentes no exterior. A Posição Internacional de Investimentos se define como um relatório estatístico que reflete, num certo momento, o valor e a composição dos ativos e passivos financeiros externos da economia²¹.

Quanto à segunda finalidade, trata-se do fornecimento de dados à Pesquisa Coordenada sobre Investimentos em Portfólio (*Coordinated Portfolio Investment Survey - CPIS*), gerenciada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI). Tal pesquisa é realizada em periodicidade anual, pelo Departamento de Estatística do FMI, em atendimento à recomendação feita pelo Relatório de Mensuração de Fluxos Internacionais de Capitais (*Report on the Measurement of International Capital Flows*).

¹⁹ *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. 178.

²⁰ Conforme relatório intitulado “Capitais brasileiros no exterior – resultados – 2001 a 2006”. Disponível em <http://www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Port/ResultadoCBE2006.pdf>. Acesso em 20.08.2010.

²¹ As estatísticas de Posição Internacional de Investimento seguem a metodologia definida no Manual de Balanço de Pagamentos e Posição Internacional de Investimentos do Fundo Monetário Internacional – FMI (BPM6), atualmente na 6ª edição (2009). A definição de Posição Internacional de Investimento que ali se encontra é a seguinte: “The international investment position (IIP) is a statistical statement that shows at a point in time the value and composition of (a) financial assets of residents of an economy that are claims on nonresidents and gold bullion held as reserve assets, and (b) liabilities of residents of an economy to nonresidents”. O texto completo do *IMF's Balance of Payments and International Investment Position Manual* pode ser encontrado, na íntegra, em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/bpm6.pdf>. Acesso em 20.10.2010.

Parece-me inegável que, fosse somente essa segunda a finalidade da tipificação penal da manutenção de depósitos no exterior sem declaração, a parte final do parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 7.492/1986 seria flagrantemente inconstitucional, na medida em que não pode o direito penal se converter em medida coercitiva para a obtenção de dados estatísticos. A admitir-se uma criminalização com base nesse fundamento, com maior razão dever-se-ia tipificar a conduta de quem se nega a responder a questionamentos do IBGE.

Com relação à verificação da totalidade dos capitais brasileiros relevantes existentes no exterior, além de sua finalidade estatística, possui outra, mais relevante. Trata-se de permitir que o Banco Central determine, ao menos aproximadamente, o valor dos depósitos existentes no exterior pertencentes a pessoas domiciliadas no Brasil, possibilitando sua efetiva atuação na regulação da taxa de câmbio.

O câmbio, ressalte-se, constitui “o principal preço da economia, capaz de afetar todos os outros preços”²². A taxa de câmbio pode afastar ou atrair investimentos, facilitar ou dificultar o comércio exterior, incentivar ou quebrar setores da economia, expandir ou difundir a inflação, aumentar ou diminuir o consumo, enfim, influenciar em todas as áreas da economia.

Atualmente, o Brasil adota um modelo de taxa de câmbio flutuante, mas com intervenção estatal. Tal modelo é denominado *dirty floating* (ou “flutuação suja”), justamente porque não deixa a fixação da taxa de câmbio ao livre sabor do mercado. O Estado, por meio do Banco Central, atua no mercado, de maneira indireta, como, entre outros mecanismos, por meio de ofertas de *hedge* por mecanismos derivativos como títulos cambiais e *swaps* cambiais²³.

É verdade que tal modelo não exige um controle tão rigoroso acerca da existência dos capitais brasileiros depositados no exterior, como ocorre no modelo de taxas fixas, no qual se impõe que o Banco Central se disponha, sempre, a comprar todo o volume de moeda estrangeira ofertado e a adquirir toda a demanda que não puder ser saciada pelo mercado.

No entanto, também no modelo de taxas flutuantes, o absoluto desconhecimento acerca da quantidade de depósitos pertencentes a brasileiros no exterior deixa o País desprotegido em relação a ataques especulativos internacionais – muito comuns nos tempos de globalização – além de impedir a formulação adequada de sua política cambial.

Confira-se a didática explicação de Flavio Antonio da Cruz²⁴:

“Eis, portanto, a relevância da Política Cambial adotada pelo Brasil: a definição do preço da moeda irá depender de um conjunto de fatores econômicos (os tais fundamentos da economia): níveis de preço, meio circulante, balança de pagamentos. Será influenciado por e influenciará tais fatores. Basta atentar para a circunstância de que – caso haja um ataque especulativo (*investimento de curtíssimo prazo*) – poderá surgir um aumento considerável e precário da quantidade de moeda estrangeira em circulação; com apreciação brusca da moeda nacional.

²² GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbio\$: princípios básicos do mercado cambial*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 09.

²³ GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbio\$: princípios básicos do mercado cambial*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 106.

²⁴ Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 86. São Paulo: RT, set.-out., 2010. p. 123.

As importações ficariam mais baratas, enquanto as exportações seriam drasticamente reduzidas, desconsideradas outras variáveis. A queda nas exportações repercutiria, em tal hipótese, sobre a empregabilidade (demissões em massa, *v. g.*), sobre o controle inflacionário, causando oscilações bruscas nas taxas de câmbio e outras eventuais repercussões. Facilidades demasiadas na importação de bens podem caracterizar concorrência desleal com a indústria nativa etc.

Logo, a fiscalização do nível de divisas acessíveis aos residentes no Brasil e, também, dos capitais brasileiros mantidos no exterior é importante para a macroeconomia, podendo comprometer inúmeros outros vetores, seja da política fiscal; política de crédito e de trabalho.”

Assim, existe justificativa para a criminalização da conduta tipificada no artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86. O que não impede que se deixe em aberto a indagação: será que se justifica a intervenção penal nessa matéria²⁵?

7. *A repartição federal competente mencionada no art. 22, parágrafo único, in fine, da Lei nº 7.492/86*

Ora, se o bem jurídico protegido pela norma, conforme se procurou demonstrar acima, não pode ser outro que não a boa execução da política econômica nacional, sob o aspecto, primordialmente, da política cambial, por meio da obtenção de dados concretos para a sua adequada elaboração, nos dias de hoje, em que existe regulamentação administrativa própria do Banco Central exigindo a declaração, não se vislumbra razão para que se entenda que a repartição federal competente a que alude o tipo seja a Receita Federal.

Desde 2002 (ano-base 2001), para fins de verificação de crime contra o sistema financeiro nacional, apenas interessa perquirir se houve, ou não, a declaração da existência do depósito no exterior ao Banco Central. Ou seja, com a revogação da Resolução nº 139/70 pelo artigo 8º da Circular nº 2.911, de 29 de novembro de 2001, foi editada, em 7 de dezembro de 2001, a Circular nº 3.071 do Banco Central do Brasil, que disciplinou a Declaração Anual de Capitais Brasileiros no Exterior a partir de 2002, com data base de 31.12.2001. A partir daí, para a consumação do delito examinado, é relevante apenas a apresentação da declaração ao Banco Central²⁶.

Nesse sentido, existem algumas decisões no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região reconhecendo que o crime apenas se consuma com a falta de entrega da

²⁵ Caso se entenda que sim, seria coerente que o legislador incluía, ao lado dos depósitos, outros ativos cuja manutenção no exterior sem a correspondente declaração afeta, de igual modo, o bem jurídico que se pretende proteger pela norma penal, tais como empréstimo em moeda, financiamento, *leasing* e arrendamento financeiro, investimento direto, imóveis etc. Note-se que a propriedade de tais ativos deve ser declarada ao Banco Central, nos termos da regulamentação normativa mencionada. Todavia, a falta da respectiva declaração não caracteriza crime, à luz do princípio da tipicidade penal, considerando que a lei se refere apenas a “depósitos”. Nesse sentido, confira-se SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. Os ativos declaráveis perante o Banco Central e os limites normativos do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986. *Boletim IBCCRIM* nº 217. São Paulo. dez. 2010. pp. 02-03.

²⁶ Entendo, porém, que a eventual declaração à Receita Federal pode ser suficiente para excluir o dolo. Afinal, alguém que não pretenda dolosamente declarar a manutenção de valores ao Banco Central, tampouco os declararia à Receita Federal – obrigação muito mais conhecida do público em geral.

Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior ao Banco Central. Em acórdão relatado pelo Des. Federal Cotrim Guimarães consignou-se que “[r]esta claro que a repartição federal competente mencionada na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro à qual deveriam ser declarados os depósitos é o Banco Central, nos moldes do seu artigo 22, eis que, apenas se se tratasse de crimes contra a ordem tributária, o dispositivo aplicável seria o da Lei 8.137/90, e o órgão competente, então, seria a Secretaria da Receita Federal” (TRF3, 2008.03.00.016464-9, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, julg. 18.11.2008, DJ 27.11.2008). Em outra formulação, decidiu-se que “Salta à evidência que a repartição federal competente para receber tais declarações é o Banco Central, mesmo porque, a não declaração de valores ao Fisco, o que faria com que repartição competente fosse a Secretaria da Receita Federal, é tratada em lei diversa, qual seja, a Lei 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem tributária” (TRF3, 2008.03.00.015175-8, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, julg. 29.07.2008, DJ 07.08.2008).

Perfeita, a nosso ver, a conclusão estampada nos julgados. Encampam, tais decisões, a tese de que o bem jurídico protegido pela norma é, em sentido amplo, a política cambial brasileira, mediante defesa direta da obtenção de dados fidedignos para a sua correta formulação.

A falta de declaração à Receita Federal acerca da existência de depósitos mantidos no exterior pode resultar na prática do crime de sonegação fiscal, mediante omissão de receitas (art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90), o qual, nos termos da Súmula Vinculante nº 24, do Supremo Tribunal Federal, não se tipifica antes do lançamento definitivo do tributo²⁷. Mas, e esse é o ponto, em nada interfere com o bem jurídico protegido pelo tipo penal do artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86, eis que compete ao Banco Central coletar as informações pertinentes aos depósitos para subsidiar a formulação da política cambial (e econômica) brasileira.

8. Atipicidade da conduta de falta de declaração da manutenção de depósitos no exterior até o ano-base 2000: ausência de complemento normativo

Em decorrência do que foi exposto, somente no período em que o controle, hoje feito pelo BACEN, se dava por intermédio da colaboração da Receita Federal, ou seja, até o ano-base 2000, é que se poderia cogitar de considerar como repartição federal competente tal órgão para fins de aplicação do artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86. Assim, até a data-base 31.12.2000 a falta de declaração da manutenção de depósitos no exterior na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física consumaria o delito examinado. E isso pela simples razão de que não existia, até então, uma declaração própria ao Banco Central do Brasil, fazendo a declaração à Receita Federal a função de tal declaração, conforme a previsão da Resolução nº 139, de 18 de fevereiro de 1970.

Ressalte-se, assim, que, para a data-base 31.12.2000, seria considerada crime a falta de declaração à Receita Federal dos depósitos mantidos no exterior em valores superiores a R\$ 140,00, conforme prescrevem o artigo 25 da Lei nº 9.250/1995 e o artigo

²⁷ Crime esse que, em princípio, deverá ser processado conjuntamente com o crime do art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86, em razão da conexão teleológica (artigo 76, II, do CPP) e da conexão instrumental (artigo 76, II, do CPP) existente entre os delitos.

798, § 1º, III, do Decreto nº 3.000/1999, acima transcritos²⁸.

Entendo, entretanto, que melhor entendimento é o de que até o ano-base 2000 a falta de declaração da manutenção de depósitos no exterior não realizava o tipo penal do artigo 22, p. ún., da Lei nº 7.492/1986 por *ausência de complemento normativo*. Para compreender essa conclusão, impõem-se algumas considerações.

Em resumo do que foi exposto anteriormente, tem-se que essa obrigação foi criada em 1969. Em 1970, o BACEN delegou a atribuição para o controle de tais declarações ao Ministério da Fazenda. Com base nessa delegação, somente em 1981 a Receita Federal regulamentou o suprimimento dessa obrigação pela informação dos depósitos na declaração anual de imposto de renda. Essa situação perdurou até 2001, com a revogação da Resolução nº 139/70 pelo artigo 8º da Circular nº 2.911, de 2001, quando o Banco Central criou uma declaração própria.

Dessa sequência de atos normativos, pode-se constatar, de forma clara, que o Banco Central jamais dera, antes de 2001, importância efetiva à exigência de declaração de valores depositados no exterior pertencentes a domiciliados no Brasil. Isso se confirma do documento intitulado “Capitais Brasileiros no Exterior (CBE) – Data-base: 2001 a 2006”, no qual se lê que “Em 2002, o Banco Central do Brasil (BCB) conduziu o *primeiro levantamento sobre Capitais Brasileiros no Exterior*, o CBE 2001, para mapear os estoques de ativos que residentes no País mantinham no exterior na data-base de 31.12.2001”²⁹.

Vale lembrar que em 1999 o Brasil sofrera um ataque especulativo sem precedentes, em virtude do qual ocorreu uma maxidesvalorização do real. Houve uma “corrida para o dólar”, com a saída instantânea de milhões de dólares do País³⁰. Após esse evento, fortaleceu-se a consciência das autoridades cambiais brasileiras a respeito da necessidade de conhecimento dos depósitos titulados no exterior, que se constituem como passivo externo líquido do País, de modo a, entre outros fundamentos, tornar mais previsível o movimento inverso, de ingresso abrupto de dólares na economia.

Significa dizer que, *antes do ano-base 2001*, o Banco Central *não utilizava* para *nenhuma finalidade* de sua competência a informação acerca dos valores mantidos no exterior declarados à Receita Federal. Essa constatação certamente gera reflexos na punibilidade do delito aqui comentado.

Ora, o bem jurídico supostamente tutelado pela norma penal era até então solenemente ignorado por quem deveria protegê-lo, perdendo sentido qualquer represália penal a quem não contribuisse com dados para um levantamento que, ao fim e ao cabo, não era realizado!

Embora feitas em contexto diverso, referindo-se a questão específica relativa às chamadas CC-5, caem como uma luva para a análise aqui empreendida as observações de Flávio Antônio da Cruz, que afirma que a imposição de pena nesse tipo de situação – em que as informações cuja sonegação é tida por criminosa deixam de ser utilizadas para

²⁸ É esse, também, o entendimento do TRF4 (ACR 2005.70.00.034207-5, Sétima Turma, Relator Néfi Cordeiro, D. E. 07.01.2010).

²⁹ Disponível em <http://www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Port/ResultadoCBE2006.pdf>. Acesso em 11.11.2011. Os destaques em itálico não constam do original.

³⁰ Conforme destaca Aldo Ferrer, “a desvalorização do real em janeiro de 1999 não foi uma decisão autônoma da política econômica brasileira. Foi consequência do fracasso de sua política cambial diante de um ataque especulativo impossível de ser contido pela vulnerabilidade externa do país” (*apud* RATTI, Bruno. *Comércio Internacional e Câmbio*. 11. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2010. p. 212).

qualquer finalidade – “... pode se aproximar da figura daquele professor, supostamente austero que exige trabalhos árduos dos seus alunos – mas que jamais lerá. Depois, tendo jogado fora tais provas sem lhe dedicar qualquer atenção, venha a sancionar quem não as tenha entregado. Para que sanção, se os dados eram inúteis?”³¹.

O caráter anedótico da comparação não obscurece sua percuciência. Num Estado Democrático de Direito, os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima em matéria penal exigem que somente condutas realmente ofensivas a bens jurídicos sejam punidas com a mais severa das penas. Não se admite sanção criminal por mero capricho estatal.

Em decorrência desses fundamentos, impõe-se a conclusão de que, até o ano-base 2000, a falta de declaração da manutenção de depósitos no exterior não realizava o tipo penal do artigo 22, p. ún., *in fine*, da Lei nº 7.492/1986 por *ausência de complemento normativo*.

9. Valores mínimos de depósitos a exigirem declaração e data-base a ser considerada

Se é o Banco Central a repartição federal competente a quem se deve declarar a manutenção de depósitos no exterior, é a regulamentação normativa derivada desta autarquia que deve ser considerada a fim de preencher os elementos normativos do tipo penal. Ou seja, não basta que não ocorra a declaração da manutenção de capitais brasileiros no exterior: é necessário que tal declaração seja efetivamente exigível, nos termos da regulamentação do Banco Central.

A partir da data-base 31.12.2001, em consequência, para fins da prática do delito do artigo 22, parágrafo único, *in fine*, importa apenas a apresentação ou não da Declaração Anual de Capitais Brasileiros no Exterior ao Banco Central do Brasil. E, acrescente-se, somente tem relevância penal a falta de declaração de tais depósitos se superiores a R\$ 200.000,00, para a data-base de 31.12.2001, nos termos do art. 1º da Circular nº 3.110/2002; de R\$ 300.000,00, para a data-base 31.12.2002, de acordo com o artigo 3º da Circular nº 3.181/2003 e de US\$ 100.000,00, desde 2003, conforme as Circulares nºs 3.225/2004, 3.278/2005, 3.345/2007, 3.384/2008 e 3.442/2009 e Resoluções nºs 3.854/10 e 3.523/11.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por exemplo, tem decidido que a repartição competente, a partir de 2001, é, apenas, o Banco Central. Nesse sentido, foi deferida ordem de *habeas corpus*, para trancar a ação penal relativamente ao crime de que ora se ocupa, por ter sido reconhecida como “atípica a manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente, capitulada na segunda parte do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86, quando os valores mantidos em instituição financeira alienígena estiverem abaixo da quantia que o Banco Central do Brasil dispensa a Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior” (TRF4, HC 2009.04.00.025952-7, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 30.09.2009).

Vale destacar, do voto do Relator p/ Acórdão, Des. Fed. PAULO AFONSO BRUM VAZ, o entendimento de que “o dever de informar ao fisco federal sobre a existência de contas bancárias no exterior, após a Circular 3.071/2001 do BC, não está tipificado no artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei 7.492/86, mas apenas e tão somente na Lei 8.137/90, cuja configuração delitiva pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário”.

³¹ Direito penal, evasão de divisas e o chapéu de Gessler. *Boletim IBDPE*, nº 1. São Paulo: nov./2009. p. 13.

Por conseguinte, é necessário que se verifique o saldo exato existente na data-base de 31 de dezembro de cada ano, a fim de se apurar a manutenção de depósito em valor superior ao estabelecido na regulamentação do Banco Central do Brasil.

Interessante notar, quanto à prova da existência do depósito, que o entendimento do TRF4 havia se firmado no sentido de que bastava ao Ministério Público Federal comprovar a manutenção de depósitos no exterior, não se exigindo que se fizesse a denúncia acompanhar do extrato bancário a comprovar o saldo no dia 31 de dezembro, sob o fundamento de que o ônus negativo era da Defesa, já que se trataria de causa de excludente da ilicitude. A meu ver, não se pode falar, ao contrário do entendimento jurisprudencial, que a prova da inexistência de manutenção do depósito no exterior constitua prova de excludente de ilicitude. A existência de depósito no exterior, juntamente com a falta de sua declaração, constitui a própria materialidade do delito.

No entanto, com as alterações promovidas pela Lei nº 11.719/2008 ao Código de Processo Penal, já existe entendimento de que “é prudente e adequado que, doravante, a exordial acusatória seja recebida somente quando possuir o extrato bancário contendo dados sobre o banco, agência, número da conta e saldo no dia 31 de dezembro” (TRF4, RSE 2007.71.00.028726-9, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D. E. 21.10.2009).

Em regra, tenho que se deve exigir a prova da existência do depósito em 31 de dezembro do respectivo ano, em valor superior ao previsto na regulamentação normativa. Contudo, essa assertiva não deve ser vista de maneira peremptória. É bastante comum a obtenção pelo Ministério Público Federal, especialmente em se tratando de contas mantidas nos EUA, de extrato bancário que demonstra a existência de depósitos mantidos no exterior, já em data próxima ao final do ano, em valor superior ao estabelecido pelo Banco Central, mas no qual se verifica que, poucos dias antes do dia 31 de dezembro, os valores foram transferidos para outras aplicações ou instituições financeiras.

Nesses casos, embora não se trate propriamente da exigência de prova de excludente de ilicitude pela defesa, a existência dos depósitos em valor superior ao estabelecido administrativamente, em data próxima ao fim do ano, constitui forte indício de que, também em 31 de dezembro, o valor continuava depositado fora do País. Isso ocorre especialmente naqueles casos em que o extrato demonstra que os valores foram transferidos para outras contas – ou apenas outras aplicações financeiras – e retornaram, no ano seguinte, à conta examinada. Para ilidir a presunção decorrente de tal indício, basta que os réus comprovem que o dinheiro foi internalizado no Brasil – ou, até mesmo, sacado ou gasto no exterior – antes de 31 de dezembro.

10. (Ir)retroatividade das normas cambiárias complementares do tipo penal

O artigo 5º, XL, da Constituição estabelece, como garantia fundamental, que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Essa garantia está mais bem especificada na disposição do artigo 3º do Código Penal, segundo a qual “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”.

É dizer que somente deixará de haver retroatividade da norma penal mais benéfica ao réu nos casos de lei excepcional – elaborada para viger enquanto durarem as circunstâncias que lhe deram origem – ou de lei temporária – editada para viger durante

um período de tempo específico, determinado na própria lei. As exceções são lógicas porquanto se assentam na premissa de que normas destinadas a vigor somente durante o transcurso de tempo determinado ou de circunstância específica deixariam de ser observadas voluntariamente pelos seus destinatários, cientes de que seriam isentos de pena uma vez cessado o período preestabelecido ou as condições especiais previstas na norma.

Esse dispositivo, de acordo com decorrência lógica extraída pela doutrina e pela jurisprudência, também se aplica às normas penais em branco, salvo se as alterações nela promovidas se assentarem em motivos permanentes – porquanto, nesse caso, não serão nem excepcionais, nem temporárias. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do STF:

“‘Habeas corpus’. - *Em princípio, o artigo 3º do Código Penal se aplica a norma penal em branco, na hipótese de o ato normativo que a integra ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não se dando, portanto, a retroatividade.* - Essa aplicação só não se faz quando a norma, que complementa o preceito penal em branco, importa real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insusceptível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede quando do elenco de doenças contagiosas se retira uma por se haver demonstrado que não tem ela tal característica. ‘Habeas corpus’ indeferido.”

(HC 73168, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julg. 21.11.1995, DJ 15.03.1996)

Outro exemplo clássico foi o da exclusão do lança-perfume da lista de substâncias consideradas ilícitas, prevista em portaria do Ministério da Saúde, norma complementar do tipo penal em branco de tráfico de entorpecentes (artigo 36 da Lei nº 6.368/1976). No entender do STF, essa exclusão configurou hipótese de *abolitio criminis*, como se vê da seguinte ementa:

“PENAL. TRAFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. LEI 6.368/76, ARTIGO 36. NORMA PENAL EM BRANCO. PORTARIA DO DIMED, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, CONTENEDORA DA LISTA DE SUBSTÂNCIAS PROSCRITAS. LANÇA-PERFUME: CLORETO DE ETILA.

I. O paciente foi preso no dia 01.03.84, por ter vendido lança-perfume, configurando o fato o delito de tráfico de substância entorpecente, já que o cloreto de etila estava incluído na lista do DIMED, pela Portaria de 27.01.1983. Sua exclusão, entretanto, da lista, com a Portaria de 04.04.84, configurando-se a hipótese do ‘abolitio criminis’. A Portaria 02/85, de 13.03.85, novamente inclui o cloreto de etila na lista. Impossibilidade, todavia, da retroatividade desta.

II. Adoção de posição mais favorável ao réu.

III. HC deferido, em parte, para o fim de anular a condenação por tráfico de substância entorpecente, examinando-se, entretanto, no Juízo de 1º grau, a viabilidade de renovação do procedimento pela eventual prática de contrabando.”

(HC 68904, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julg. 17.12.1991, DJ 03.04.1992)

E quanto às normas cambiárias? Inicialmente, vale lembrar que compete à União a

tarefa de “administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada” (CF, artigo 21, inciso VIII).

O governo federal, portanto, em sua competência de administração de reservas cambiais e fiscalização de operações de câmbio possui a prerrogativa de definir regimes mais ou menos rígidos de controle cambial, o que interfere nas normas relativas à remessa e à manutenção de valores ao exterior.

Não se pode desconhecer que as normas cambiárias seguem a política cambial, que é altamente volátil. Nas palavras de Emilio Garofalo Filho, “[é] fundamental lembrar, sempre, que a regulamentação cambial brasileira contém regras cujas origens atenderam, em sua maioria, a exigências conjunturais ditadas por situações críticas”³².

Sob essa perspectiva, entendo que, a se admitir que a mudança de orientação governamental possa ensejar descriminalização das condutas anteriormente vedadas, os dispositivos penais a elas relacionados restariam ineficazes, na medida em que os destinatários da norma se apoiariam, para descumpri-los, na perspectiva de futura alteração dos rumos da política cambial.

11. Síntese das principais conclusões

Para fins didáticos, enumero as principais conclusões atingidas no curso da exposição:

a) o artigo 22 da Lei nº 7.492/1986, tratado genericamente como crime de “evasão de divisas” (apesar de tipificar condutas relacionadas a valores que não necessariamente tenham sido evadidos do Brasil), contempla, em verdade, três condutas distintas, quais sejam: a) realização de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país (*caput*); b) evasão de moeda ou divisa para o exterior sem autorização legal (parágrafo único, primeira parte); e c) manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente (parágrafo único, segunda parte);

b) tais delitos podem ser praticados isoladamente ou na forma de progressão criminosa ou de crime progressivo;

c) a Lei nº 7.492/1986 sofreu, desde sua edição, alterações “de cima para baixo”, por meio de um processo de filtragem constitucional, e “de baixo para cima”, através de uma renovação dos elementos normativos que preenchem boa parte dos tipos penais, o que impõe sua reinterpretação de forma crítica;

d) a atribuição de desvalor a condutas que colocam em risco bens jurídicos difusos, por si só, não inquina o tipo penal do vício da inconstitucionalidade, mostrando-se necessário, contudo, averiguar-se se existe proporcionalidade na criminalização da conduta, analisando-se o fim pretendido, a efetividade do meio e a estrita necessidade da utilização da *ultima ratio* jurídica;

e) além de permitir uma apreciação da constitucionalidade da lei penal, outra função essencial da noção de bem jurídico-penal é a de informar a interpretação teleológica do tipo penal, atuando como seu critério interpretativo e limitador de sentido;

f) do ponto de vista administrativo, as pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no país possuem o dever administrativo de declarar a existência de depósitos mantidos no exterior a duas repartições públicas distintas: a Receita Federal e o Banco Central – o

³² *Op. cit.* p. 298.

que não significa, todavia, tipicidade penal decorrente da ausência de ambas as declarações;

g) o bem jurídico protegido pela norma é a boa execução da política econômica nacional, sob o aspecto, primordialmente, da política cambial, por meio da obtenção de dados concretos para a sua adequada elaboração;

h) é o Banco Central o responsável pelo controle e colheita de dados para a formulação de tal política, de modo que é esta autarquia a “repartição federal competente” a que se refere o artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86;

i) considerando que, antes do ano-base 2001, o Banco Central não utilizava para nenhuma finalidade de sua competência a informação acerca dos valores mantidos no exterior declarados à Receita Federal, é inevitável concluir que, até o ano-base 2000, a falta de declaração da manutenção de depósitos no exterior não realizava o tipo penal do artigo 22, p. ún., da Lei nº 7.492/1986 por *ausência de complemento normativo*;

j) se é o Banco Central a repartição federal competente a quem se deve declarar a manutenção de depósitos no exterior, é a regulamentação normativa derivada desta autarquia que deve ser considerada a fim de preencher os elementos normativos do tipo penal, de forma que não basta a ausência de declaração da manutenção de capitais brasileiros no exterior: é necessário que tal declaração seja efetivamente exigível, nos termos da regulamentação do Banco Central;

k) assim, afigura-se atípica a manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente, capitulada na segunda parte do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86, quando os valores mantidos em instituição financeira alienígena estiverem abaixo da quantia que o Banco Central do Brasil dispensa a Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior;

l) também é atípica a manutenção de depósitos no exterior em data diversa da fixada para fins administrativos – e, por conseguinte, penais – para a apresentação ao Banco Central da Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior, qual seja, 31 de dezembro de cada ano;

m) a prova tanto da manutenção de depósitos no exterior – na data e valores fixados administrativamente – como da ausência de apresentação ao Banco Central da Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior incumbe ao Ministério Público Federal, não se podendo afastar de plano, porém, a possibilidade de que tais fatos sejam provados de forma indiciária;

n) as normas infralegais que estabelecem forma e valores a serem declarados ao Banco Central não se aplicam de forma retroativa, porquanto possuem caráter de excepcionalidade.

12. Referências bibliográficas

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BRASIL. TRF3. 2008.03.00.016464-9, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, julg. 18.11.2008, DJ 27.11.2008.

BRASIL. TRF3. 2008.03.00.015175-8, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, julg. 29.07.2008, DJ 07.08.2008.

BRASIL. TRF4. HC 2009.04.00.025952-7, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 30.09.2009.

BRASIL. TRF4. RSE 2007.71.00.028726-9, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 21.10.2009.

BRASIL. TRF4. ACR 2005.70.00.034207-5, Sétima Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 07.01.2010.

BRASIL. STF. RE 390840, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julg. 09.11.2005, DJ 15.08.2006.

BRASIL. STF. HC 100316, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 15.12.2009, DJe 12.02.2010.

BRASIL. STF, RE 536486, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julg. 26.08.2008, DJe 19.09.2008.

CRUZ, Flávio Antônio da. Direito penal, evasão de divisas e o chapéu de Gessler. *Boletim IBDPE*, nº 1. São Paulo: nov./2009.

_____. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 86. São Paulo: RT, set.-out., 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *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.

_____; _____. Os ativos declaráveis perante o Banco Central e os limites normativos do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986. *Boletim IBCCRIM* nº 217. São Paulo. dez. 2010.

GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbio\$: princípios básicos do mercado cambial*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MAZLOUM, Ali. *Crimes do Colarinho Branco: objeto jurídico, provas ilícitas*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

- PIMENTEL, Manuel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: RT, 1987
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. vol. I. 7. ed. São Paulo: RT, 2007
- RATTI, Bruno. *Comércio Internacional e Câmbio*. 11. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2010
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. A. L. Callegari e N. J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Trad. A. P. S. L. Natscheradetz, A. I. Figueiredo e M. F. Palma. Lisboa: Veja, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. vol. I. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.