

A indevida utilização dos atos administrativos do CMN e do BACEN para fins de tipificação do crime de evasão-depósito

Bernard Castilho Zenaide

Assessor Jurídico na Procuradoria Regional da República da 2ª Região. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

Resumo: O artigo tem o objetivo analisar os aspectos da tipificação formal do crime de evasão de divisas, na modalidade depósito (evasão-depósito), previsto no art. 22, parágrafo único, segunda parte, da Lei n. 7.492/1986, incluindo a discussão sobre a qual repartição federal competente se dirige a obrigação de declarar a propriedade de bens e valores mantidos no exterior. Além disso, como tópico principal, será abordada a compatibilidade das normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo Banco Central do Brasil (BACEN), que “complementam” o referido delito, com a Constituição Federal e com a legislação superior na qual se fundamentaram. Em síntese, a importância do tema decorre da perspectiva processual de que o afastamento das atribuições da Receita Federal do Brasil e a utilização concreta pelo Poder Judiciário dos atos administrativos do CMN e do BACEN vêm restringindo de forma absoluta a aplicação da Lei n. 7.492/1986, gerando odiosa impunidade dos criminosos do colarinho branco.

Palavras-chave: Crimes contra o sistema financeiro. Evasão de divisas (evasão-depósito). Atividade fiscalizatória de divisas no exterior. Poder regulamentar do CNM e do BACEN. Regulação de bens e direitos pela Receita Federal do Brasil. Norma penal em branco. Princípio da legalidade penal. Princípio da proibição da proteção deficiente.

Abstract: This paper intends to analyze the aspects of the formal typification of the crime of capital evasion, in the genre of deposit

(evasion-deposit), as foreseen in article 22, sole paragraph, second part, of Law 7.492/1986, including the discussion about to which federal branch addresses the obligation of declaring property of assets and values that are kept abroad. Furthermore, as a principal topic, it considers the compatibility of norms expedited by the National Monetary Council (CMN) and the Brazilian Central Bank (BACEN), which “complement” the referred crime, with the Federal Constitution and with the superior legislation in which they are fundamented. The importance of this theme comes from the lawsuit perspective that the reconsideration of the attributions of Brazilian Federal Revenue and the concrete utilization by the Judiciary of the administrative acts of CMN and BACEN have been absolutely restricting the application of Law 7.492/1986, generating troublesome impunity of white collar crimes.

Keywords: Crimes against the financial system. Capital evasion (evasion-deposit). Surveillance of capital activities abroad. Regulating power of CNM and BACEN. Regulation of goods and rights by the Brazilian Federal Revenue. Dependent penal norms. Principle of criminal legality. Principle of prohibition of deficient protection.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Sistema Financeiro Nacional e a Lei n. 7.492/1986. 3 A proibição da evasão de divisas: análise geral. 3.1 O crime de evasão-depósito: aspectos elementares. 4 A dupla obrigatoriedade de declaração de bens e valores no exterior. 5 O emprego inconstitucional, ilegal e abusivo das normas do CMN e do BACEN para fins de tipificação do crime de evasão-depósito. 5.1 O esvaziamento da norma penal em branco. 5.2 A ilegalidade dos complementos normativos secundário e terciário por abuso no exercício do poder regulamentar administrativo. 5.3 A incompatibilidade dos complementos normativos secundário e terciário com o princípio da proporcionalidade. 6 Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo tem a finalidade de discorrer sobre os elementos do crime de evasão de divisas, na modalidade depósito (evasão-depósito), instituído pela Lei n. 7.492/1986, em seu art. 22, parágrafo único, segunda parte, e abordar os principais temas debatidos na doutrina e jurisprudência vinculados à complementação do tipo penal.

Por ser o crime de evasão de divisas uma norma penal em branco, é necessário ao Poder Judiciário se reportar ao arcabouço

legislativo vigente para aferir a tipicidade da conduta. Tal legislação está concentrada nas normas que regem as atividades do Banco Central do Brasil (BACEN) e da Receita Federal do Brasil, aos quais incumbe a fiscalização de bens e direitos alocados no exterior pertencentes a pessoas residentes, domiciliadas ou com sede no País.

Dentro desse contexto, vigoram atos administrativos emanados pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo BACEN, que vêm sendo utilizados pelos tribunais para fins de tipificação do crime de evasão-depósito.

Esse é o caso da Resolução CMN n. 3.854/2010 e da Circular BACEN n. 3.624/2013 (e suas normas antecedentes), as quais restringem a obrigatoriedade de declaração anual de bens e valores mantidos no exterior à propriedade de valores acima de U\$ 100.000,00 no dia 31 de dezembro do ano fiscal.

Contudo, tais condicionantes não possuem amparo legal e constitucional para serem empregadas no juízo de adequação típica, uma vez que o legislador ordinário não condicionou a materialidade da evasão-depósito à circunstância de tempo e (ou) modo de execução, como tampouco delegou essa possibilidade ao Poder Executivo.

Na prática, a aplicabilidade das *normas complementadoras* acarreta a aniquilação do delito de evasão-depósito, na medida em que limita de forma desarrazoada o âmbito de incidência do tipo penal, o que, decerto, não encontra respaldo no princípio da legalidade e no instituto da norma penal em branco.

Ademais, a aplicabilidade vai de encontro ao interesse público subjacente à Lei n. 7.492/1986 em reprimir e punir os criminosos do colarinho branco, deixando de lado a importância da tutela dos bens jurídicos em questão (a higidez do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema Tributário Nacional) em prol do patrimônio dos *poderosos*; ou seja, viola também o princípio da proporcionalidade, em face da proibição da proteção deficiente.

A discussão ora tratada é de grande relevância para a atividade persecutória do Ministério Público Federal, pois viabiliza argumentos que incrementam a pretensão punitiva de crimes de evasão-depósito, muito deles atrelados a casos de grande repercus-

são nacional, como nas famigeradas Contas CC5 e doravante nos desdobramentos da operação Lava Jato.

2 O Sistema Financeiro Nacional e a Lei n. 7.492/1986

Dada a necessidade de se criar um conjunto normativo repressor de condutas praticadas, em regra, por pessoas pertencentes ao mais elevado escalão da sociedade, haja vista que o controle meramente administrativo dos órgãos regulatórios nunca inibiu a prática de delitos econômicos, foi editada a Lei n. 7.492, que instituiu um rol de 23 crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

O chamado Sistema Financeiro Nacional nada mais é do que o conjunto de órgãos, entidades e empresas públicas e privadas que atuam na regulamentação, controle, fiscalização e comercialização relacionadas à circulação de moedas e de créditos no Brasil.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Sistema Financeiro Nacional passou a ter uma tutela específica e a finalidade de promover o desenvolvimento equilibrado do País e de servir aos interesses da coletividade, sendo, assim, subordinado ao interesse público.

A pertinência do diploma normativo foi tanta que se cognominou, à época da sua edição, de Lei do Colarinho Branco.

Em relação aos chamados crimes de colarinho branco (*white collar crimes*), o termo foi uma expressão utilizada pelo criminalista norte-americano Edwin Sutherland, no ano de 1939, para se referir aos delitos cometidos por pessoas respeitáveis, instruídas financeira e culturalmente, e de alta posição social no Estado, no exercício de atribuições profissionais.

Em geral, trata-se de condutas sem violência, com considerável ganho financeiro, e que, por meio de métodos sofisticados e transações complexas, dificultam a percepção existencial do crime e a sua investigação.

Os criminosos do colarinho branco são muitas vezes reincidentes, porém adotam padrões que destoam dos delinquentes comuns, justamente por realizarem um verdadeiro cálculo do custo-benefício em relação aos resultados (teoria da escolha racional).

Há uma explicação simples. O processo judicial contra eles pouco surte efeito preventivo geral ou especial, apenas causando constrangimento em seu meio social de domínio e poder. Sentenças condenatórias, aliás, são raras (à exceção da nova dinâmica processual levada a efeito pela operação Lava Jato, em primeira e segunda instâncias).

Não obstante, apesar de a Lei n. 7.492/1986 exigir aperfeiçoamento e maior compromisso por parte das instâncias formais de poder (Poder Judiciário, principalmente), o diploma ainda detém relevância jurídica, como em relação à proibição de evasão de divisas e moedas do território nacional.

3 A proibição da evasão de divisas: análise geral

Visando a impedir a saída clandestina de ativos financeiros para o exterior sem a observância das regras legais, a Lei n. 7.492/1986 proibiu a conduta de evasão de divisas, qualificada por operações de câmbio ou por qualquer outra forma não autorizada, bem como a manutenção de valores em depósito no exterior, sem comunicação aos órgãos competentes¹.

Como cediço, a existência das divisas e a urgência de controle estatal servem para que o País possa adimplir os débitos contraídos com outros Estados e organizações internacionais e também para manter o equilíbrio das reservas monetárias disponíveis em território nacional (NUNES, 2017, p. 13).

Consequentemente, a saída irregular desses recursos representa um desfalque, um prejuízo à política econômica e cambial interna, e interfere significativamente na atividade de arrecadação tributária, considerando que a transferência de recurso para o exterior, ao arrepio da lei, tem o único escopo de sonegar bens e valores de contribuintes, como o de ocultar o produto ou o proveito de atividades criminosas.

1 Art. 22, Lei n. 7.492/1986: “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.”

Por isso mesmo que, segundo a doutrina mais especializada, o art. 22 da Lei n. 7.492/1986 possui uma dupla objetividade jurídica – a proteção do Sistema Financeiro Nacional e a da ordem tributária. Ao tratar do tema, o criminalista José Carlos Tórtima (2002, p. 135) destaca que:

A tutela da norma penal fora concebida, à época da edição da lei, com duplo objetivo: em primeiro lugar [...]. *Em segundo lugar, a proteção do patrimônio fiscal ameaçado pela remessa clandestina de divisas para o exterior, adquiridas quase sempre através de ganhos tributários, mas não efetivamente tributados.* (Grifo nosso).

Em sintonia, é a lição de Tigre Maia (1999, p. 132 e 135), *in verbis*:

A proteção à política cambial iniciada no artigo anterior encontra nos tipos do *caput* e do parágrafo único deste dispositivo seu ápice normativo. *Trata-se, quiçá, do tipo penal mais relevante da Lei de Regência, em especial o do parágrafo único, ao menos no que concerne aos aspectos de prejuízos causados e de intensidade de incidência.*

[...]

O parágrafo único tem, na primeira parte, a mesma objetividade jurídica do caput, associada à finalidade protetiva da ordem tributária, constante da segunda parte do dispositivo. (Grifo nosso).

A fim de evitar a sonegação fiscal e a propagação de mercado de câmbio *paralelo*, o Poder Público foi obrigado a criar uma rede de normas rígidas e a aparelhar suas autarquias.

Entre essas condições, o legislador infraconstitucional e as autoridades administrativas impuseram um rol de pressupostos para que o agente cambial pudesse operar no País, bem como pudesse possibilitar aos interessados a realização de câmbio ao exterior, este último quando o montante representasse *soma superior a R\$ 10.000,00 ou o mesmo equivalente em moeda estrangeira*².

2 Art. 65, Lei n. 9.069/1990: “O ingresso no País e a saída do País de moeda nacional e estrangeira devem ser realizados exclusivamente por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, à qual cabe a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário. § 1º Excetua-se do disposto no *caput* deste artigo o porte, em espécie,

A despeito disso, como forma de se esquivar das indigitadas obrigações legais, os delinquentes do colarinho branco vêm se valendo há anos de subterfúgios para transferir divisas ao exterior e lá também movimentá-las por meio do uso contínuo de contas bancárias sediadas em *paraísos fiscais*.

À sua disposição se encontram os famosos *doleiros*, contratados como operadores informais do mercado de câmbio e utilizados como *laranjas* ou como meio de prospecção destes na abertura de contas bancárias e na gestão de pessoas jurídicas fantasmas no exterior (SANCTIS, 2015, p. 29; BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 606).

Tais agentes constituem importante elo no *inter criminis* dos delitos de colarinho branco (TIGRE MAIA, 1999, p. 34). Sua atuação se desenvolve ao menos por meio de três formas ordinárias cumulativas ou não: (I) pela criação de empresas *offshore*³; (II) pela criação de um *trust law*⁴; e (III) pelo emprego reiterado do sistema dólar-cabo⁵.

dos valores: I - quando em moeda nacional, até R\$ 10.000,00 (dez mil reais); II - quando em moeda estrangeira, o equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).”

- 3 A *offshore* é uma empresa anônima criada no exterior para dificultar o reconhecimento de real proprietário, e, assim, tem o propósito de esconder valores financeiros da fiscalização do país de origem. Aproveitando-se do segredo de informações, os gestores da *offshore* têm a possibilidade de abrirem contas bancárias em instituições financeiras nos mais variados países europeus, asiáticos e americanos.
- 4 O *trust law* é um negócio contratual, de origem inglesa, consistente na entrega de um bem ou um valor a uma pessoa (fiduciário), em regra uma empresa *offshore*, para que seja administrado em favor do depositante ou de outra pessoa por ele indicada (beneficiário). Apesar da eficácia e valia do *trust* no planejamento de bens de inventário, nos países que aceitam tal instituto, a sua utilização criminosa tem a finalidade de proteger e ocultar a identidade do verdadeiro dono do negócio jurídico (NUNES, 2017, p. 18).
- 5 O sistema dólar-cabo (ou euro-cabo), muito comum, consiste na transação de moedas estrangeiras no mercado paralelo de câmbio, à margem do Sistema Financeiro Nacional. Trata-se de um sistema alternativo e ilícito de remessa de valores, por intermédio de compensação (virtual), sem que a moeda saia fisicamente do território nacional [BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Recurso Especial n. 1.390.827/PR*. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 4 de setembro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1345910&num_registro=201302254677&data=20140923&formato=PDF. Acesso em: 20 dez. 2018]. A operação ocorre por meio de uma estrutura de câmbio sacado à distância, como, por exemplo, quando é depositada

O uso reiterado dessas ferramentas é uma observação comum nos processos criminais antigos, como, por exemplo, naqueles vinculados às contas de não residentes (antigas CC5) do Banco do Estado do Paraná (Banestado) e no caso Mensalão (Ação Penal n. 470⁶).

Contudo, somente a partir dos desdobramentos da operação Lava Jato, foi possível tornar pública a existência de cartelização de doleiros brasileiros e a institucionalização de *offshores*, *trust* e sistema dólar-cabo para a evasão de divisas do País, como maneira de ocultar o produto ou o proveito de crimes contra a Administração Pública (por exemplo: operação Câmbio, Desligo, da força-tarefa da Lava Jato no Rio de Janeiro).

3.1 O crime de evasão-depósito: aspectos elementares

O crime de evasão de divisas, na modalidade depósito (evasão-depósito) está previsto na segunda parte, parágrafo único, do art. 22 da Lei n. 7.492/1986, cuja conduta é manter no exterior, a qualquer título, “[...] depósitos não declarados à repartição federal competente”.

Com base em uma interpretação literal, depreende-se que a tipificação da conduta exige apenas duas circunstâncias: uma, manter divisas ou moedas em depósito fora do território nacional; e outra, omitir continuamente a informação sobre a propriedade de tais bens e valores ao órgão competente da União.

Como bem destaca o desembargador federal Fausto de Sanctis (2015, p. 124), manter depósito não é crime: “O crime somente se configura se tal manutenção não for comunicada à repartição federal competente, e nos exatos moldes por ela estabelecidos”.

Veja-se que o tipo primário não requer maiores particularidades de ordem financeira e também de ordem temporal para se aperfeiçoar no plano formal.

uma quantia na conta bancária do “doleiro” vendedor, no Brasil, o qual, por sua vez, entrega geralmente o mesmo valor correspondente em outra conta no exterior para o beneficiário do câmbio, e vice-versa.

6 O processo da ação penal do caso Mensalão pode ser consultado em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>.

A consumação do crime também não depende da demonstração de elemento subjetivo. Basta, assim, a prova do dolo genérico de praticar a conduta, consubstanciada na vontade livre e consciente de manter divisas ou moedas em depósitos no exterior, sem comunicação às autoridades.

Quanto à natureza jurídica, a doutrina mais especializada adota posições divergentes.

Para uma primeira corrente, o delito seria de mera conduta, instantâneo e habitual. Neste sentido caminham Fausto de Sanctis (2015, p. 121), José Carlos Tórtima (2002, p. 139⁷) e Carlos Rodolfo Tigre Maia (1999, p. 139⁸). Para uma segunda corrente, o delito seria formal e permanente. Esta é a posição perfilhada por José Paulo Baltazar Junior (2017, p. 731) e Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens (2006, p. 179-180).

Na jurisprudência dos tribunais superiores, há poucos precedentes sobre o assunto. Contudo, ao que parece, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) vêm concordando com os ensinamentos da citada segunda corrente. Citem-se, no STJ, o HC n. 132.826/MS⁹ e, no STF, o HC n. 87.208¹⁰.

Ademais, é praticamente unânime a compreensão jurídica segundo a qual o crime de evasão-depósito é norma penal em branco, carecendo, pois, de complementação normativa acerca do termo *repartição federal competente*.

Indaga-se: qual seria a repartição federal destinatária da declaração de bens e valores mantidos em depósito no exterior?

7 O autor entende que o crime de evasão-depósito é tanto habitual como permanente. Diante da total desarmonia dos conceitos classificativos, que se opõem entre si, ao ver do autor deste artigo, prefere-se colocá-lo como aderido à primeira corrente.

8 Posição do autor em conformidade à da nota anterior.

9 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Habeas Corpus n. 132.826 -MS (2009/0061561-9)*. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 13 de setembro de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088027&num_registro=200900615619&data=20111024&formato=PDF. Acesso em: 20 dez. 2018.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus n. 87.208/MS*. Relator: Min. Cezar Peluso, 19 de maio de 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2336250>. Acesso em: 20 dez. 2018.

4 A dupla obrigatoriedade de declaração de bens e valores no exterior

Para uma considerável corrente, mais restritiva, apenas a ausência de declaração ao BACEN, nos moldes por ele e pelo CMN estabelecidos, caracterizaria o crime de evasão-depósito.

Isso, porque, com o advento da Resolução CMN n. 2.911/2001 e da Circular BACEN n. 3.071/2001, foi atribuído ao BACEN a responsabilidade exclusiva de fixar os limites e as condições para a Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior (DCBE/CBE¹¹).

Na doutrina, esse é o posicionamento de Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens (2006, p. 181) e de Carlo Velho Masi (2013, p. 108). Na jurisprudência, essa é a posição do precedente da Quinta Turma Especializada do STJ no AgRg no REsp n. 1134047/PR¹² e da Sétima Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no HC n. 2009.04.00.025952-7¹³.

No entanto, apresenta-se mais acertado o entendimento ampliativo, no sentido de que, para fins de tipificação formal do crime de evasão-depósito, a responsabilidade posterior do BACEN não excluiu

11 Art. 1º, Resolução CMN n. 2.911/2001: “Fica o Banco Central do Brasil autorizado a fixar a forma, os limites e as condições de declaração, inclusive suas atualizações, de bens e valores detidos fora do território nacional por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária.”

Art. 1º, Circular BACEN n. 3.071/2001: “Estabelecer que as pessoas físicas ou 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 detidos fora do território nacional, por meio de declaração na forma a ser disponibilizada na página do Banco Central do Brasil na Internet, endereço - www.bcb.gov.br - Capitais Brasileiros no Exterior, a partir de 2 de janeiro de 2002.”

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sexta Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.134.047 - PR (2009/0138455-4)*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 25 de abril de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1594770&num_registro=200901384554&data=20170504&formato=PDF. Acesso em: 20 dez. 2018.

13 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Sétima Turma). *Habeas Corpus n. 2009.04.00.025952-7*. Relator: Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro, 22 de setembro de 2009. Data de autuação: 28 jul. 2009.

o poder-dever de fiscalização da Receita Federal do Brasil sobre o patrimônio das pessoas físicas e jurídicas residentes no País.

Conforme preceitua a Lei n. 9.250/1995, que dispõe sobre o Imposto de Renda de Pessoa Física, em seu art. 25, § 4º, o contribuinte é obrigado a declarar à Receita Federal do Brasil o saldo dos depósitos mantidos em instituições financeiras sediadas no exterior¹⁴.

Tal norma legal superior sempre subsistiu no ordenamento jurídico, muito antes da edição das normas administrativas do CMN e do BACEN.

O próprio Decreto-Lei n. 1.060/1969, que primeiramente estabeleceu a declaração perante o BACEN, com base nos limites e nas condições do CMN, fez ressalvas expressas quanto à não prejudicialidade das regras decorrentes da legislação sobre o Imposto de Renda¹⁵.

É de ter em vista que a referida norma, junto com a Medida Provisória n. 2.224/2001, representa o nascedouro legal da Resolução CMN n. 2.911/2001 e, por consequência, da Circular BACEN n. 3.071/2001 (e suas normas administrativas subsequentes)¹⁶.

14 Art. 25, Lei n. 9.250/1999: “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 R\$ 140,00 (cento e quarenta reais); [...] § 4º Os depósitos mantidos em instituições financeiras no exterior devem ser relacionados na declaração de bens, a partir do ano-calendário de 1999, pelo valor do saldo desses depósitos em moeda estrangeira convertido em reais pela cotação cambial de compra em 31 de dezembro, sendo isento o acréscimo patrimonial decorrente da variação cambial.”

15 Art. 1º, Decreto-Lei n. 1.060/1969: “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 possuírem no exterior, podendo ser exigida a justificação dos recursos empregados na sua aquisição.”

16 A Medida Provisória n. 2.224/2001 foi editada antes da Emenda Constitucional n. 32/2001, de modo que os efeitos dela advindos foram estabilizados e ainda se mantêm vigentes como lei propriamente dita enquanto não votada no Congresso Nacional (BRASIL. *Medida Provisória n. 2.224, de 4 de setembro de 2001*. Estabelece

A Resolução CMN n. 2.911/2001, inclusive, dispôs em seu art. 6º que o ato administrativo não afastaria outras responsabilidades que pudessem ser imputadas ao responsável pela prestação de informações sobre capitais brasileiros no exterior, “conforme legislação e regulamentação em vigor, em função de apurações que, a qualquer tempo, venham a ser efetuadas [...] por outros órgãos e entidades da administração pública”.

Assim, as normas do CMN e do BACEN, bem aquelas superiores nas quais se fundamentaram, não revogaram tacitamente as atribuições à Receita Federal do Brasil e (ou) tampouco se sobrepuseram a estas. Não se está diante, portanto, de hipóteses de antinomia jurídica, mas, sobretudo, de legislação federal especial que não conflitam entre si.

O ordenamento jurídico em vigor prescreveu duas repartições federais competentes, o BACEN e a Receita Federal do Brasil, com poderes paralelos de regular a evasão de divisas do País e os seus desdobramentos, para as quais devem os contribuintes encaminhar as respectivas declarações de bens e valores mantidos em depósitos no exterior.

Como bem defende o desembargador federal Fausto de Sanctis (2015, p. 127), ao tratar especificamente do assunto:

[...] a comunicação deverá ser feita tanto ao Banco Central do Brasil quanto à Receita Federal do Brasil, de modo que o crime restará consubstanciado a partir da ausência de declaração a uma ou outra repartição, muito embora haja entendimento contrário. Há que se registrar que o ato de manter depósitos no exterior, à revelia do Banco Central, não só é

multa relativa a informações sobre capitais brasileiros no exterior e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/48278>. Acesso em: 2 dez. 2018).

Súmula Vinculante n. 54: “A medida provisória não apreciada pelo congresso nacional podia, até a Emenda Constitucional 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 54*. Data de aprovação: 17 mar. 2016. Publicado no *DJe* n. 54 em 28 mar. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3009>).

Conferir também o *link* <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/10/20/cinquenta-medidas-provisorias-de-2001-ainda-estao-validas>. Acesso em: 2 dez. 2018.

hábil a frustrar a regularidade das operações cambiais, violando o Sistema Financeiro Nacional, consubstanciado este como bem jurídico tutelado pela norma diretamente, mas também a arrecadação tributária, quando não forem declarados à Receita Federal, afetando, inclusive, a Ordem Tributária, protegida indiretamente pela norma do art. 22, parágrafo único, última parte, da Lei 7.492/1986. Há dúplice proteção e o Banco central deverá ser comunicado acerca da abertura de conta e manutenção de valores no exterior, bem ainda deverá sê-lo a Receita Federal sobre a origem dos recursos e a regularidade dos tributos devidos. (Grifos nossos).

A dupla obrigação advém, exatamente, da já mencionada dupla objetividade jurídica do crime de evasão-depósito – proteger o Sistema Financeiro e a ordem tributária nacional.

Essa corrente jurídica também é seguida por José Paulo Baltazar Junior (2017, p. 728-729) e Carlos Rodolfo Tigre Maia (1999, p. 39¹⁷), e, em menor incidência, por José Carlos Tórtima (2006, p. 53-54), para quem somente caberia prestar o dever de comunicação à Receita Federal do Brasil.

Existem alguns julgados nesse sentido. No STJ, citem-se o Recurso Especial n. 1205870/SC¹⁸; no Tribunal Regional Federal da 2^a Região, o Recurso de Apelação n. 0517019-80.2006.4.02.5101¹⁹; e no Tribunal Regional Federal da 3^a Região, os Embargos Infringentes n. 0015478-03.2007.4.03.6105²⁰.

17 A última atualização da obra foi em 1999, ou seja, antes do advento das normas administrativas do CMN e do BACEN.

18 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Recurso Especial 1.205.870 - SC (2010/0153098-7)*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 21 de junho de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1072495&num_registro=201001530987&data=20110831&formato=PDF.

19 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2^a Região (Segunda Turma Especializada). *Apelação Criminal n. 0517019-80.2006.4.02.5101*. Relator: Des. Fed. Messod Azulay Neto. Data de decisão: 19 maio 2009. Disponível em: http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=259047_200651015170196_2009-05-19.

20 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3^a Região (Primeira Turma). *Embargos Infringentes n. 0015478-03.2007.4.03.6105*. Relator: Juiz Federal convocado Wilson Zauhy, 1 de dezembro de 2015. Data de publicação: 17 dez. 2015. Dis-

Um outro elemento legitimador da conclusão pode ser extraído das disposições supervenientes da Lei n. 13.254/2016 (“Lei da Repatriação”), que estabeleceu o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) e criou algumas causas específicas de extinção da punibilidade.

De acordo com o diploma, foi imposta, claramente, uma preponderância da Receita Federal do Brasil em relação ao BACEN, no que toca à atribuição de receber as informações da pessoa física ou jurídica sobre ativos clandestinos no exterior, por meio da Declaração Única de Regularização (DUR).

Ao BACEN (órgão acessório), apenas deverá ser transmitida cópia da DUR, cuja entrega oficial e direta se fará à Secretaria da Receita Federal do Brasil (órgão principal)²¹.

Não faz sentido lógico afastar a atribuição da Receita Federal do Brasil para fins de tipicidade do crime de evasão-depósito e, ao mesmo tempo, delegar-lhe a função de fiscal e principal destinatário do procedimento de “repatriação” de valores no exterior, cujo resultado é justamente a extinção da punibilidade do contribuinte²².

O Poder Legislativo assim o fez porque a fiscalização de verbas mantidas no exterior já era uma das atribuições legais da Receita Federal do Brasil.

ponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00154780320074036105>.

21 Art. 4º, Lei n. 13.254/2016: “Para adesão ao RERCT, a pessoa física ou jurídica deverá apresentar à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e, em cópia para fins de registro, ao Banco Central do Brasil declaração única de regularização específica contendo a descrição pormenorizada dos recursos, bens e direitos de qualquer natureza de que seja titular em 31 de dezembro de 2014 a serem regularizados, com o respectivo valor em real, ou, no caso de inexistência de saldo ou título de propriedade em 31 de dezembro de 2014, a descrição das condutas praticadas pelo declarante que se enquadrem nos crimes previstos no § 1º do art. 5º desta Lei e dos respectivos bens e recursos que possuiu.”

22 Art. 5º, Lei n. 13.254/2016: “[...] § 1º O cumprimento das condições previstas no *caput* antes de decisão criminal, em relação aos bens a serem regularizados, extinguirá a punibilidade dos crimes previstos: [...] VI – no *caput* e no parágrafo único do art. 22 da Lei no 7.492, de 16 de junho de 1986.”

5 O emprego inconstitucional, ilegal e abusivo das normas do CMN e do BACEN para fins de tipificação do crime de evasão-depósito

Com o mesmo paradigma segundo o qual o BACEN seria a repartição federal exclusiva para a qual deveriam ser prestadas as informações financeiras, alguns tribunais permanecem interpretando o processo de adequação típica do crime de evasão-depósito sob as balizas restritas das *normas complementares*.

Para esses magistrados, o Ministério Público Federal deve provar que o acusado manteve, clandestinamente em depósito, ativo financeiro inferior ao estabelecido pelo CMN e pelo BACEN, na data-base de 31 de dezembro. Caso contrário, os fatos seriam atípicos, pouco importando o volume de movimentação bancária ao longo do ano-base.

A conclusão foi consignada pela maioria dos ministros do STF no julgamento da Ação Penal n. 470/MG (caso Mensalão) e adotado pela Sexta Turma do STJ no HC n. 401.947/SP²³ e pela Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no HC n. 0259527-32.2009.4.04.0000.

Ocorre que, apesar de as resoluções do CMN e as cartas Circulares do BACEN serem fruto de atividade técnico-regulamentar e pertinentes à ordenação administrativa da manutenção de depósito de bens e valores no exterior, a aferição da tipicidade formal do crime de evasão-depósito não deve ficar subordinada à discricionariedade dos termos impostos pelo Poder Executivo. Pelo menos não de forma absoluta.

Na medida em que as *normas complementares* inserem circunstâncias de tempo e de modo de execução não declináveis pelo tipo penal originário, é fácil constatar que o entendimento jurispruden-

23 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Habeas Corpus n. 401.947 - SP (2017/0128729-2)*. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 10 de outubro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1645731&num_registro=201701287292&data=20171023&formato=PDF

cial está em total desarmonia com os aspectos basilares do Direito Penal Constitucional e com o instituto da norma penal em branco.

Ao ver do autor deste artigo, o uso inconstitucional, ilegal e abusivo das normas complementares vem gerando o irrefutável esvaziamento lógico-jurídico da norma penal em branco, visto que restringe o núcleo essencial do crime de evasão-depósito, isto é, a vontade do legislador ordinário e a política criminal insertada na Lei n. 7.492/1986.

5.1 O esvaziamento da norma penal em branco

O CMN e o BACEN, a partir do ano de 2001, dentro dos seus respectivos âmbitos de atuação, fizeram expedir a Resolução CMN n. 2.911/2001 e a Circular BACEN n. 3.071/2001, posteriormente substituídas, para regulamentar a obrigatoriedade de declaração de bens e valores mantidos no exterior por meio do formulário de Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior.

Os atos administrativos foram continuamente alternados, permanecendo, contudo, a previsão de uma data-base (31 de dezembro) e a desoneração do dever de declarar com fundamento em um *piso* financeiro, hoje inferior a US\$ 100.000,00²⁴.

No caso do CMN, a Resolução n. 2.911/2001 foi substituída pela Resolução n. 3.540/2008, e esta, pela Resolução n. 3.854/2010²⁵.

No caso do BACEN, a Circular n. 3.071/2001 foi substituída pela Circular n. 3.110/2002, e, sucessivamente, pelas seguintes circulares: n. 3.181/2003, Circular n. 3.225/2004, Circular n. 3.278/2005,

24 Disponível em: <http://www4.bcb.gov.br/rex/cbe/port/cbe2017.asp?idpai=CBE>. Acesso em: 20 dez. 2018.

25 Art. 2º, Resolução CMN n. 3.854/2010: “A declaração de que trata o art. 1º, inclusive suas retificações, deve ser prestada anualmente, por meio eletrônico, na data-base de 31 de dezembro de cada ano, quando os bens e valores do declarante no exterior totalizarem, nessa data, quantia igual ou superior US\$ 100.000,00 (cem mil dólares dos Estados Unidos da América), ou seu equivalente em outras moedas. [...] § 3º Estão dispensadas de prestar a declaração de que trata esta Resolução as pessoas que, nas datas referidas no *caput* e no § 1º deste artigo, possuírem bens e valores em montantes inferiores aos ali indicados”.

Circular n. 3.313/2006, Circular n. 3.345/2007, Circular n. 3.384/2008, Circular n. 3.442/2009 e Circular n. 3.624/2013²⁶.

Parte dos tribunais ainda insiste em realizar o juízo de adequação típica com amparo no arcabouço normativo do CMN e do BACEN.

Ocorre que essa integração normativa levada a efeito pela jurisprudência está em total dissonância com o princípio da legalidade, já que não se coaduna com a escolha autêntica do tipo penal em impedir a evasão de recursos financeiros ao exterior na modalidade depósito.

Como já dito, o art. 22, parágrafo único, segunda parte, da Lei n. 7.492/1986 é norma penal incriminadora que exige complementação normativa para apontar os órgãos competentes aos quais devem ser declarados os depósitos de bens e valores mantidos no exterior, *in casu* o BACEN e a Receita Federal do Brasil.

É imprescindível para a elucidação do termo *repartição federal competente* a remissão à Lei n. 9.250/1995, ao Decreto-Lei n. 1.060/1969 e à Medida Provisória n. 2.224/2001, bem como, em sede administrativa, à Resolução CMN n. 3.854/2010 e à Circular BACEN n. 3.624/2013.

Excetuando essa circunstância, o tipo penal em nenhum momento habilitou, expressa ou implicitamente, espaço normativo a ser ocupado por outras regras administrativas.

A conduta proibida (núcleo essencial da norma penal em branco), que se origina da política criminal adotada pelo Poder Legislativo, está suficientemente descrita na lei formal e não depende de remissão acerca de quando (tempo) e (ou) como (modo de execução) representaria um injusto típico e antijurídico.

26 Art. 1º, Circular BACEN n. 3.624/2013: “As declarações de bens e valores de que tratam o *caput* e o § 1º do art. 2º da Resolução nº 3.854, de 27 de maio de 2010, deverão ser prestadas ao Banco Central do Brasil, em cada ano, por meio do formulário de declaração de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE), disponível no sítio do Banco Central do Brasil na internet, no endereço <http://www.bcb.gov.br>, nos seguintes períodos: [...]”.

A configuração do crime ocorre com o simples ato comissivo de manter em depósito bens e valores no exterior, conjugado com o simples ato omissivo de não declarar o fato à Receita Federal do Brasil e ao BACEN.

Por isso mesmo, dispensa-se a necessidade e a conveniência técnico-regulamentar na complementação do crime de evasão-depósito pelas normas do CMN e do BACEN.

Ao discorrer sobre a delimitação das normas complementares, o jurista Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça (2016, p. 145 e 147), destaca:

[...] A norma de complementação não pode definir o objeto da tutela penal. Esta é uma tarefa exclusiva do Parlamento, em que diversas forças sociais estão representadas (p. 145).

[...]

O papel da norma de complementação será definido na interseção entre o princípio da segurança e da tutela penal eficiente. *Só não haverá afronta ao princípio da legalidade se a lei penal em branco for estritamente necessária e se a norma de complementação abster-se de definir o núcleo essencial da conduta proibida (p. 147, grifos nossos).*

Se a norma principal define com clareza a conduta proibida, a norma de complementação, por sua vez, deve apenas se ater aos limites da atividade legislativa ordinária, não podendo o conteúdo do injusto ficar a cargo exclusivo da fonte produtora de instância administrativa inferior.

Caso assim ocorra, estar-se-á diante de delegação informal da competência em matéria penal, sem anuência do Congresso Nacional, como proíbe o princípio da legalidade constitucional, nas vertentes da reserva legal e da taxatividade.

Conforme lições há muito tempo defendidas pelo jurista Heleno Fragoso (2006, p. 93), a integração deve ser feita nos limites fixados pelo preceito genérico da norma penal em branco, “não sendo possível que um ato administrativo, por exemplo, ultrapasse o claro da lei penal sem ferir o princípio da estrita legalidade dos crimes e das penas”.

Repise-se, o legislador ordinário não atribuiu margem interpretativa que possibilitasse a imposição, pelo Poder Executivo, de condicionantes de tempo, espaço ou modo de execução à conduta proibida de evasão-depósito.

Em suma, o método de subsunção da conduta ao tipo penal não está sujeito às regras unilaterais de natureza monetária e cambial do CMN e do BACEN, sob pena de a complementação exterminar o próprio sentido lógico-jurídico da norma penal em branco, sobrepondo-se à vontade do Poder Legislativo – direcionada à prevenção e repressão dos agentes do colarinho branco e à tutela do sistema financeiro e do sistema tributário.

5.2 A ilegalidade dos complementos normativos secundário e terciário por abuso no exercício do poder regulamentar administrativo

Curiosa e apropriada subclassificação das normas penais em branco defendida por Luiz Flávio Gomes é quanto à chamada norma penal em branco ao quadrado²⁷.

Essa espécie ocorre quando o próprio complemento normativo exigido pelo tipo principal (norma penal em branco) também depende de uma integração por meio de outra norma penal ou extrapenal. É a complementação da complementação.

Na esteira da aludida doutrina, constata-se que o tipo penal de evasão-depósito se enquadra no conceito de norma penal em branco ao quadrado, uma vez que possui uma estrutura normativa complementar dividida em três níveis (sem contabilizar as regras tributárias paralelas).

Assim, tem-se: em um primeiro plano, o Decreto-Lei n. 1.060/1969 e a Medida Provisória n. 2.224/2001 (complementos

27 GOMES, Luiz Flávio. Você sabe o que é lei penal em branco ao quadrado? Publicado no canal Método Estude. [S.l.: s.n.], 20 set. 2015. 1 vídeo (3 min, 19 segs). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=d9X3mjE37lo>. Acesso em: 2 dez. 2018.

normativos primários); em um segundo plano, a Resolução CMN n. 2.911/2001 e seguintes (complementos normativos secundários); e, em um terceiro plano, a Circular BACEN n. 3.071/2001 e seguintes (complementos normativos terciários).

Tal estrutura piramidal é vislumbrada mediante a simples leitura das disposições preambulares da Resolução CMN n. 2.911/2001 e da Circular BACEN n. 3.071/2001²⁸.

No caso em apreço, as normas expedidas pelo CMN e pelo BACEN (complementos normativos secundários e terciários) devem resguardar o mínimo de congruência lógica e de mérito com o Decreto-Lei n. 1.060/1969 e com a Medida Provisória n. 2.224/2001 (complementos normativos primários) para serem consideradas legais e, assim, gerarem efeitos no plano jurídico.

Como se sabe, no sistema jurídico brasileiro, todo ato normativo, seja de natureza legal ou administrativa, deve se subordinar ao modelo predeterminado pela legislação de ordem hierárquica superior e à vontade derradeira da Constituição Federal de 1988. Este é o padrão cognitivo estabelecido para o controle abstrato de constitucionalidade, que tem por fundamento a famigerada pirâmide de Kelsen (norma hipotética fundamental).

A validade de criação, aplicação e conteúdo de uma norma inferior depende da sua conformidade com a norma superior. Há uma conexão de dependência entre a norma inferior e a norma superior, sendo esta última o fundamento de validade daquela.

Em relação ao poder regulamentar administrativo atribuído às agências reguladoras, como é o caso do BACEN, sabe-se que tais

28 Resolução CMN n. 2.911/2001: “O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada em 29 de novembro de 2001, com base no Decreto-lei 1.060, de 21 de outubro de 1969 e na Medida Provisória 2.224, de 4 de setembro de 2001 [...]”

Circular BACEN n. 3.071/2001: “A Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil, em sessão realizada em 6 de dezembro de 2001, tendo em vista a MEDIDA PROVISÓRIA 2.224, DE 4 DE SETEMBRO DE 2001 [...]”

autarquias especiais gozam de uma maior autonomia ao produzirem normas técnicas, por ser uma característica a elas inerente.

Não obstante, as agências continuam vinculadas aos limites explícitos e implícitos impostos pela lei de origem.

Quanto ao tema, o administrativista José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 67), no artigo específico “Agências reguladoras e poder normativo”, leciona:

Parece, pois, que, por autorização das respectivas leis, as agências reguladoras exercem *função regulamentadora*, tendo por escopo estabelecer, em caráter geral, abstrato e impessoal, disciplina técnica a respeito de certos setores econômicos ou relativos à prestação de serviços públicos. Semelhante função regulamentar – diga-se por oportuno – é *direta*, vale dizer, origina-se diretamente da lei, inexistindo, por via de consequência, qualquer outro ato intermediário entre a lei e o ato normativo da agência. Tem, portanto, a mesma natureza dos decretos expedidos pelos Chefes do Executivo, quando também destinados ao exercício da função regulamentar. [Grifos no original].

[...] Ainda que dotada de grande amplitude, a regulamentação feita pelas agências – como, de resto, ocorre com qualquer tipo de regulamentação – terá que adequar-se aos parâmetros da respectiva lei permissiva. *Afinal, é de ter-se em conta que a delegação legislativa não é limitada, mas, ao contrário, subjacente a normas e princípios estabelecidos na lei.* [Grifos nossos].

Nesse contexto, a estipulação de um *piso*, dentro do qual os residentes no Brasil estariam dispensados do ônus de comunicação ao BACEN, foi uma inovação material imposta pelo CMN e pelo BACEN que não está prevista nas normas superiores, quais sejam, no Decreto-Lei n. 1.060/1969 e na Medida Provisória n. 2.224/2001.

O regulamento primário não estabeleceu isenção da obrigatoriedade de declarar as informações ao BACEN, tampouco abriu margem interpretativa para tanto. Pelo contrário, a leitura dos dispositivos demonstra que a incumbência ao contribuinte se origina

do simples fato de ostentar bem ou valor no exterior, independentemente da importância pecuniária²⁹.

Ademais, além de os valores prescritos pelo CMN e pelo BACEN não estarem previstos nas normas superiores, o patamar financeiro também não está alinhado aos mencionados R\$ 10.000,00 estabelecidos pela Lei n. 9.069/1990, como montante máximo de moeda nacional ou estrangeira permitido para o ingresso e a saída física do País.

A transgressão a esse limite, inclusive, fundamenta o crime de evasão de divisas, na modalidade do art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei n. 7.492/1986. Por qual razão o mesmo valor, atribuído pelo Poder Legislativo, não repercutiria no crime de evasão-depósito?

As normas administrativas do CMN e do BACEN ainda contrariam a Medida Provisória n. 2.224/2001 ao dispensarem da obrigatoriedade de declaração as informações sobre a manutenção de ativos financeiros em dias anteriores à data-base de 31 de dezembro.

A finalidade do ato normativo primário foi a de impor multa aos contribuintes, pessoas físicas e jurídicas, que não prestassem as devidas informações na Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior.

Segundo a norma legal, a sanção pecuniária pode ser aplicada ao infrator ainda que este não detenha, no estrangeiro, capital em depósito na data da requisição da informação ou na data da exigência da informação (data-base)³⁰.

29 Art. 1º, Medida Provisória n. 2.224/2001: “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). Parágrafo único. São considerados capitais brasileiros no exterior os valores de qualquer natureza, os ativos em moeda e os bens e direitos detidos fora do território nacional por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária”.

30 Art. 2º, Multa Provisória n. 2.224/2001: “A multa prevista, a ser recolhida ao Banco Central do Brasil, aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País que detenham, a partir de 5 de setembro de 2001, capitais brasileiros no exterior. Parágrafo único. Aplica-se a multa, inclusive, às situações em que as pessoas referidas no *caput* não mais detenham posição de capitais brasileiros no exterior na data da requisição ou exigência da informação”.

Observa-se, com isso, que a medida provisória, de estatura legal superior às normas do CMN e do BACEN (meros atos administrativos), conferiu importância à informação de bens e valores no exterior durante todo o ano-calendário e não tão somente na data-base de 31 de dezembro.

O dia 31 de dezembro tem a sua relevância no campo monetário por configurar o período de conversão da moeda estrangeira depositada no exterior em Real brasileiro. Por ser o último dia do ano fiscal, serve de data-base para que os contribuintes declarem seus bens ao fisco, entre eles o saldo disponível em conta titularizada em instituição financeira com sede no País ou no exterior.

A não exigência de declaração de todos os recebimentos na conta bancária, durante o ano-calendário, reside na presunção de que os valores lá depositados e (ou) movimentados constituem rendimentos lícitos, tributáveis diretamente na fonte, como as verbas salariais, ou tributáveis após a declaração à Receita Federal do Brasil, no exercício fiscal seguinte.

Ocorre que o saldo financeiro verificado no dia 31 de dezembro do ano-calendário não ilide a possibilidade de fiscalização repressiva da Receita Federal do Brasil sobre os depósitos em favor do contribuinte durante o ano-calendário inteiro (1º/1 a 31/12).

Inclusive, a existência de depósitos sem origem comprovada, cujo valor individual supere R\$ 12.000,00 ou o somatório de R\$ 80.000,00 anuais, configura ilícito na modalidade de omissão de receita ou rendimentos³¹.

31 Art. 42, Lei n. 9.430/1966: “Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. [...] § 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados: I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica; II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais)”.

O contribuinte estará sujeito às penalizações administrativas e criminais, independentemente de a conta bancária indicar saldo zero no dia 31 de dezembro, visto ser este apenas um parâmetro para declaração de bens, e não de fiscalização e punição.

Os mesmos efeitos deveriam ser aplicados ao BACEN no seu âmbito de atuação e inspeção da atividade monetária e cambial. Todavia, as normas administrativas restringiram expressamente a obrigatoriedade de comunicação de depósitos no exterior, sem se ponderar a movimentação bancária de recebimentos (créditos) no curso do ano-calendário.

Portanto, a regulamentação expedida pelo CMN e pelo BACEN contém vícios de ilegalidade sob a ótica da hierarquia normativa e do poder regulamentar conferido à Administração Pública, razão pela qual não caberia ao Poder Judiciário utilizá-la para fins de juízo de adequação típica do crime de evasão-depósito.

5.3 A incompatibilidade dos complementos normativos secundário e terciário com o princípio da proporcionalidade

Em se tratando de delitos financeiros, a análise do custo-benefício é uma realidade indiscutível. A escola clássica do Direito Penal já sustentava que o homem delincente é um ser livre e racional:

[...] quando alguém encara a possibilidade de cometer um delito, efetua um cálculo racional dos benefícios esperados (prazer) e os confronta com os prejuízos (sofrimento) que acredita vão derivar da prática do delito; *se os benefícios são superiores aos prejuízos, tenderá a cometer a conduta delitiva.* (PRADO; MAÍLLO, 2013, p. 5, grifo nosso).

Para frustrar essa perspectiva criminológica, incumbe ao próprio Estado-Juiz utilizar os variados mecanismos de repressão e prevenção de delitos e excluir os meios ilegais ou de legalidade

Art. 4º, Lei n. 9.481/1997: “Os valores a que se refere o inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passam a ser de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) e R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), respectivamente”.

duvidosa que representam subterfúgios ao processamento e à punição de criminosos do *colarinho branco*.

Entre esses mecanismos, a intervenção estatal deve vir acompanhada de proporcionalidade, que é expressada pela efetiva proteção aos direitos constitucionais em jogo: (I) o Sistema Financeiro Nacional; (II) o Sistema Tributário Nacional; e (III) o interesse público subjacente ao exercício do direito de ação penal.

Não basta a mera previsão de um tipo penal em abstrato. É necessário o incremento de meios para torná-lo vivo, excluindo conjugações normativas desarrazoadas.

O princípio da proporcionalidade possui uma dupla face, não somente impedindo que medidas estatais transbordem os limites do adequado e necessário para atingir um determinado fim (proibição de excesso – *Übermassverbot*), mas proibindo que a tutela e a promoção de direitos constitucionalmente previstos sejam realizadas precariamente (proibição da proteção deficiente ou insuficiente – *Untermassverbot*).

Em sede penal, a proporcionalidade ganha enfoque no chamado garantismo positivo, obrigando o Estado a agir na proteção de bens jurídicos fundamentais. Vale dizer, ao se interpretar e aplicar as normas infraconstitucionais, cumpre ao julgador afastar os sentidos que impliquem excessos, mas, de forma equilibrada, também vigiar para que a atividade de hermenêutica não gere a ineficiência da norma, desprotegendo interesses legítimos garantidos pelo Estado em favor de toda sociedade.

Na doutrina, a proibição da proteção deficiente ou insuficiente já foi objeto de análise pormenorizada pelo constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 223–224):

Paralelamente à difundida função da proporcionalidade como proibição de excesso e como decorrência da noção de deveres de proteção do Estado, desenvolveu-se a ideia de que o Estado também está vinculado por um dever de proteção suficiente (no sentido de dotado de alguma eficácia). Deveres de proteção podem e são violados quando o titular do dever nada faz a proteger determinado direito fundamental ou, ao fazer algo, falha por atuar de modo insuficiente. Daí se falar, tal como já se fez também no Brasil, de

uma dupla face do princípio da proporcionalidade, que passa a atuar como critério de controle de legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos (do âmbito de proteção dos direitos fundamentais), bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção.

Apesar de a proibição da proteção deficiente ainda ser tema moderno, não devidamente consolidado na prática processual, a tese encontra amparo em alguns precedentes dos tribunais superiores. A exemplo, cite-se o voto condutor proferido pelo ministro Joel Ilan Paciornik, no julgamento do Recurso Especial n. 1.683.478/GO³²:

[...] a proibição da proteção deficiente surge como uma nova face do princípio da proporcionalidade em um cenário onde o principal objetivo do Estado é a proteção aos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, tal perspectiva tem reflexos mais evidentes no campo do Direito Penal.

Esse instrumento está apto a afastar do ordenamento jurídico normas que introduzam situações desproporcionais entre bens jurídicos que demandam proteção do Estado, ou seja, se deve perquirir, na análise do caso concreto, que norma atende mais às determinações da Constituição Federal. (Grifo nosso).

A realidade demonstra que a aplicabilidade da regulamentação do CMN e do BACEN no âmbito criminal facilita a reiteração do crime de evasão-depósito. Sem muito embaraço, o contribuinte pode *maquiar* o saldo financeiro poucos dias antes da data-base (dia 31 de dezembro), livrando-se da fiscalização e da repressão das autoridades competentes.

Tal ocorrência não é algo improvável, em se tratando de pessoas com alto poder aquisitivo e com apoio tecnológico. Basta a posse de sistemas eletrônicos conectados ou não à Internet (por exemplo, celular, *tablet*, computador e telefone) para transpor quantias milionárias de uma conta bancária para outra no exterior.

32 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.683.478 - GO (2017/0168534-3)*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 1 de outubro de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635771750/recurso-especial-resp-1683478-go-2017-0168534-3?ref=juris-tabs>.

Fazendo uma analogia a julgado do STJ, a dependência da tipicidade formal ao saldo financeiro depositado no exterior, naquela data-base, significa o mesmo que fechar a janela no último dia do ano, mas deixar a porta aberta para a ocultação de patrimônio no exterior nos demais 364 dias (Recurso Especial n. 1.535.956/RS³³).

Com efeito, à luz do princípio da proibição de proteção legislativa deficiente (*Untermassverbot*), não se mostra aceitável restringir o juízo de adequação típica do crime de evasão-depósito à exigência da manutenção em território internacional da soma igual ou superior a US\$ 100.000,00, no dia 31 de dezembro, ou outro valor superior, a depender da circular do BACEN.

A utilização das normas complementares do CMN e do BACEN é uma medida processual estritamente ineficiente e contrária aos fins originários da Lei n. 7.492/1986, sendo, portanto, inconstitucional por infringência ao dever de proteção aos bens jurídicos penalmente tutelados.

Por fim, um exemplo de interpretação judicial concreta, em consonância com a Constituição Federal e a Lei n. 7.492/1986 e com fundamento no princípio de proporcionalidade, é o acórdão proferido pela Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos autos dos Embargos Infringentes n. 0015478-03.2007.4.03.6105.

De acordo com o órgão colegiado, seguindo o voto divergente do então juiz federal convocado Wilson Zauhy, *in verbis*:

6. O voto do eminente relator, estribando-se no “norte do arcabouço infranormativo complementar da norma penal em branco acima delineado” – vale dizer, de normas complementares ao artigo 22 da Lei n.º. 7.492/86, considerou apenas os depósitos existentes “na data exata de 31 de dezembro de cada um dos períodos men-

33 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Recurso Especial n. 1.535.956 - RS (2015/0132835-0)*. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 1º de março de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1491473&num_registro=201501328350&data=20160309&formato=PDF.

cionados – conforme previsão das referidas normas complementares”, para aferir se os limites estabelecidos nas Circulares do Banco Central que elenca foram ultrapassados.

7. Ocorre que não é esse o espírito da norma traçada pelo artigo 22 da Lei nº. 7.492/96. Esse artigo, embora reclame complementação – por ser norma penal em branco –, não faz qualquer alusão em termos de corte temporal, para o fim de consideração do *quantum* mantido em depósito no exterior. Apenas em seu *caput* tipifica “efetuar operação de câmbio não autorizada com o fim de promover evasão de divisas do País”, para, no seu parágrafo único, enquadrar nesse tipo penal quem “promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente”.

8. Conforme se percebe, na lei não há qualquer menção às datas em que essas operações financeiras e os consequentes depósitos no exterior foram feitos; e, aliás, nem poderia fazê-lo, pois o seu escopo, conforme reconhece a doutrina colacionada, é proteger o sistema tributário e as reservas cambiais do País, o que se tornaria inócuo, se considerado apenas os depósitos existentes em 31/12 de cada exercício fiscal, diante da possibilidade do estabelecimento de um verdadeiro trampolim, com o levantamento de tais depósitos nos dias que se aproximam do final do ano, com a volta deles logo no início do ano seguinte [...]. 9. [...] a data de “31 de dezembro do ano-calendário” serve para se fazer a conversão da moeda estrangeira, em Reais, para os fins a que se destina, inclusive de declaração de rendimentos, nos termos do § 4º do artigo 25 da Lei 9.250/95, também anteriormente transcrito. As comunicações à Receita Federal e ao Bacen, entretanto, devem ser feitas com base no maior volume de depósitos em moeda estrangeira mantido durante todo o ano, convertido pela cotação cambial do Real em 31/12³⁴.

6 Conclusão

Para tipificação formal do crime de evasão-depósito não há maiores particularidades de ordem financeira e temporal, bastando

34 Redação presente nos Embargos Infringentes n. 0015478-03.2007.4.03.6105.

que o contribuinte mantenha no exterior, a qualquer título, depósitos não declarados à repartição federal competente.

Os órgãos destinatários da declaração, segundo a melhor posição doutrinária, são o BACEN e a Receita Federal do Brasil.

O tipo penal visa à proteção de dois bens jurídicos distintos, o Sistema Financeiro Nacional e o Sistema Tributário Nacional. Ademais, continua em plena vigência a legislação que trata do dever de fiscalização da Receita Federal do Brasil sobre o patrimônio das pessoas físicas e jurídicas residentes no País.

Somado a isso, a Lei n. 13.254/2016 (Lei da Repatriação), que implementou o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), estabeleceu uma preponderância da Receita Federal do Brasil em relação ao BACEN no que toca à atribuição de receber as informações da pessoa física ou jurídica sobre ativos clandestinos no exterior.

Mesmo não havendo a necessidade de outras formas de integração normativa, a não ser relacionada ao termo *repartição competente*, parte da jurisprudência ainda vem utilizando os atos expedidos pelo CMN e pelo BACEN como condicionantes à adequação típica do crime de evasão-depósito.

Para essas normas (Resolução CMN n. 3.854/2010, Circular BACEN n. 3.624/2013 e suas antecedentes), os agentes detentores de bens e valores no exterior estarão dispensados automaticamente da Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior se no dia 31 de dezembro do ano-base mantiverem fora do território nacional ativos financeiros inferiores a US\$ 100.000,00.

Ocorre que, como visto, o tipo penal principal se encontra totalmente definido, não possuindo espaço para a inclusão externa de circunstâncias de tempo e modo de execução. A técnica de remissão adotada viola o princípio da legalidade, pois faz com que as normas administrativas do CMN e do BACEN acabem por se sobrepor à escolha autêntica do Poder Legislativo, de modo a esvaziar o núcleo da conduta proibida.

Além disso, sob a ótica da hierarquia legal e do poder regulamentar conferido ao Poder Executivo, observa-se também que os atos expedidos pelo CMN e pelo BACEN (complementos normativos secundário e terciário) criaram uma isenção financeira e uma data-base restrita não congruentes ou previamente autorizadas pelo Decreto-Lei n. 1.060/1969 e pela Medida Provisória n. 2.224/2001 (complementos normativos primários).

Assim, a edição das normas administrativas não está em conformidade com as normas superiores nas quais se fundamentaram.

Por fim, a aplicação dos regulamentos do CMN e do BACEN no âmbito criminal é um facilitador legal da reiteração do crime de evasão-depósito, haja vista que o contribuinte de má-fé pode *maquiar* o saldo financeiro poucos dias antes da data-base (dia 31 de dezembro), livrando-se da fiscalização e da repressão das autoridades competentes.

Tolerar tal ocorrência, com base nos valiosos bens jurídicos em jogo, não é aceitável à luz princípio da proporcionalidade, em face da proibição de proteção legislativa deficiente.

Portanto, pode-se afirmar que há uso inconstitucional, ilegal e abusivo das normas complementares do CMN e do BACEN para fins de juízo de adequação típica da evasão-depósito.

Referências

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos (org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 59-69.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 17. ed. Atualizado por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. *Lei penal em branco: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NUNES, Leandro Bastos. *Evasão de divisas*. 2. ed. Atualizado com a Lava Jato. Salvador: JusPodivm, 2017.

PRADO, Luiz Regis; MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Curso de criminologia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TIGRE MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à lei federal n. 7.492/86*. São Paulo: Malheiros, 1999.

TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da lei nº 7.492/86*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TÓRTIMA, José Carlos; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *Evasão de divisas: uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VELHO MASI, Carlo. *O crime de evasão de divisas na era da globalização: novas perspectivas dogmáticas, político-criminais e criminológicas*. Porto Alegre: Pradense, 2013.