

Do crime de evasão de divisas: apontamentos sob a perspectiva do funcionalismo-teleológico e da teoria pessoal de bem jurídico

The currency evasion crime notes from the perspective of the functionalist-teleological theory and the personal theory of legal interest

Débora Santos Tavares¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: À época da edição da Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, há mais de trinta anos, o cenário jurídico e econômico e a política cambial do País eram absolutamente distintos do atual. Nesse contexto, o objeto deste trabalho consiste em examinar a conformidade constitucional do tipo incriminador da conduta de evasão de divisas, previsto no art. 22 da Lei nº 7.492/1986. À luz da teoria funcionalista-teleológica de Roxin e da concepção pessoal de bem jurídico de Hassemer, pretende-se investigar se os interesses tutelados pela norma supracitada devem ser considerados bens jurídico-penais, segundo as opções de política criminal depreendidas da Constituição.

Palavras-chave: Evasão de divisas, bem jurídico, teoria pessoal, funcionalismo-teleológico.

Abstract: At the time of the creation of the Law on Crimes Against the National Financial System, more than thirty years ago, the legal and economic scenario and the country's exchange rate policy were absolutely different from the current one. In this context, the object of this work is to examine the constitutional conformity of the incriminating type of conduct of foreign exchange evasion, provided for in art. 22 of Law 7.492/1986. In the light of Roxin's functionalist-teleological theory and Hassemer's personal conception of legal interest, it is intended to investigate whether the interests protected by the aforementioned criminal norm should be considered legal interests subject to criminal protection, according to the criminal policy options deduced from the Constitution.

¹ Mestranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Keywords: Foreign exchange, legal interests, personal theory, teleological-functionalism.

1. Introdução

A partir da segunda metade do século XX, alguns instrumentos normativos foram criados no Brasil para tratar dos delitos econômicos, como a Lei de Crimes Contra a Economia Popular (Lei nº 1.521/1951), e a Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986). A segunda tipifica condutas ligadas à captação, gestão e aplicação ilícitas de recursos por instituições financeiras, bem como as operações ilícitas com valores mobiliários¹.

A Lei nº 7.492/1986 foi editada há trinta e cinco anos, em um cenário jurídico, político e econômico absolutamente distinto do atual, além de ser anterior à promulgação da Constituição, que tratou especificamente da tutela da ordem econômica e financeira e do Sistema Financeiro Nacional (arts. 170 a 192, CF).

Esse contexto anacrônico é especialmente notado no âmbito do tipo penal de evasão de divisas, que estabelece a pena de dois a seis anos de reclusão e multa para quem promove a saída de divisas (ou moedas estrangeiras e títulos ou ativos financeiros conversíveis em moeda estrangeira) do País para o exterior em desconformidade com as normas cambiais nacionais (art. 22 da Lei nº 7.492/1986).

Em primeiro lugar, a política cambial brasileira passou por diversas alterações relevantes desde a edição da Lei nº 7.492/1986: se até a década de 80 havia um rigoroso controle sobre a forma e as modalidades das operações de câmbio, e uma forte política de restrição à saída e entrada de capital no País, fruto das sucessivas crises cambiais e da alta dependência do capital externo, a partir dos anos 90 observou-se a gradual abertura da economia brasileira ao capital estrangeiro e a flexibilização das regras sobre transações internacionais².

¹ CARUSO, Tiago. *Um panorama das dificuldades dogmáticas decorrentes da estrutura dos tipos da Lei nº 7.492/1986*. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 386-418, 2021, p. 389/390.

² SCHMIDT, Andrei Zenker; FELDENS, Luciano. *O delito de evasão de divisas 20 anos depois: sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira*. Revista opinião jurídica, n. 8, 2006.2, p. 12.

Além disso, com o avanço da globalização, o compartilhamento de ativos entre fronteiras tornou-se cada vez mais rápido e fácil. As operações cambiais, por exemplo, são escriturais ou contábeis. Via de regra, não ocorre sequer a transferência física desses valores³.

O crime de evasão de divisas abrange três formas típicas: (i) efetuar operação de câmbio clandestina ou não autorizada, com o fim de enviar divisas ao exterior (art. 22, *caput*, da Lei nº 7.492/1986); (ii) promover a saída de moeda ou divisas para o exterior sem autorização legal (art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 7.492/1986); e (iii) manter depósito no exterior sem declaração à repartição federal competente (art. 22, parágrafo único, segunda parte, da Lei nº 7.492/1986).

O tipo incriminador deve ser complementado pelas normativas do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central (BACEN) que disciplinam as operações de câmbio, nos termos da Lei nº 4.595/1964, tais como a Resolução nº 3.568/2008 e a Circular nº 3.280/2005 do BACEN e as Resoluções nº 4.841/2020 e nº 4.844/2020 do CMN.

Conforme dispõe o art. 65 da Lei nº 9.069/1995, o câmbio manual portado para a saída de moeda nacional ou estrangeira do País que totalize montante superior a R\$ 10.000,00 deve ser realizado exclusivamente por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, regulamentado pelo Banco Central por meio da Circular nº 3.280/2005 – ou Regulamento do Mercado de Câmbio de Capitais Internacionais (RMCCI).

Já as operações cambiais que envolvam valores em espécie superiores ao limite supracitado devem ser acompanhadas de Declaração de Porte de Valores (DPV) entregue quando da entrada ou saída no País, nos termos da Resolução nº 2.524/98 do Conselho Monetário Nacional.

No âmbito do sistema interbancário, a Resolução nº 4.844/2020 do CMN dispensou o registro de movimentações financeiras em contas bancárias de pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior inferiores a R\$ 100.000,00. Por sua vez, a Resolução nº 4.841/2020 do mesmo órgão definiu em US\$ 1.000.000,00 o valor a partir do qual pessoas físicas e jurídicas estão obrigadas a fazer a declaração anual de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE).

³ BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 271.

Ocorre que, passadas mais de três décadas da sua edição, a Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional permanece vigente praticamente sem reformas, mesmo com a promessa de criação de outra legislação aperfeiçoada sobre o tema⁴.

Além disso, diversos dispositivos da Lei nº 7.492/1986 têm sofrido críticas severas da doutrina por expressarem sintomas do fenômeno de administrativização do Direito Penal⁵, em violação aos princípios constitucionais penais da intervenção mínima e da subsidiariedade.

Nesse contexto, o Projeto de Lei nº 586/2020, de autoria do Senador Eduardo Cury, sugere alterações relevantes no referido diploma legal.

A proposição, que tem como base o anteprojeto de reforma da Lei de Crimes Financeiros elaborado por Eduardo Salomão Neto, Heloisa Estellita, Marcelo Costenaro Cavali, Pierpaolo Cruz Bottini e Rodrigo De Grandis, e que contou com o apoio do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Penal Econômico (GEPDPE) da Escola de Direito de São Paulo da FGV, sugere a supressão do art. 22 da Lei nº 7.492/1986, com a consequente descriminalização da conduta de evasão de divisas⁶.

Revela-se oportuno, portanto, o exame da conformidade constitucional do tipo penal de evasão de divisas, conforme as diretrizes de política criminal depreendidas da Constituição Federal.

A partir do funcionalismo teleológico de Roxin e à luz da teoria pessoal do bem jurídico de Hassemer, o objeto deste trabalho consiste em examinar se o interesse tutelado pelo crime de evasão de divisas consiste em um bem jurídico passível de tutela penal, segundo o cenário jurídico e econômico atual.

2. Do funcionalismo-teleológico de Roxin

Se até a década de 70 prevaleciam a concepção ontológica e pré-normativa do delito e a absoluta oposição entre a política criminal e o sistema penal – características do causalismo e do finalismo – a partir desse período Roxin inaugura um novo paradigma no âmbito da teoria

⁴ A Lei nº 7.492/1986 foi sancionada pelo então Presidente da República com a ressalva de que em breve enviaria ao Congresso Nacional um novo projeto sobre crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *O crime de evasão de divisas e a relevância penal na manutenção de valores no exterior*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 242, p. 14-15, jan., 2013, p. 14.

⁵ CARUSO, Tiago. *Um panorama das dificuldades dogmáticas decorrentes da estrutura dos tipos da Lei nº 7.492/1986*. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 386-418, 2021, p. 390.

⁶ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1864745. Acesso em: 24 abr. 2022.

do crime. Para o autor, o Direito é uma ciência normativa, e, portanto, o legislador penal não está estritamente vinculado ao que existe na realidade⁷.

Segundo os defensores do sistema funcionalista teleológico, a construção da dogmática penal não deve ser vinculada a dados puramente ontológicos, mas sim orientar-se pelos fins do Direito Penal⁸, que para Roxin, consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos.

Seu ponto de partida consistiu, dessa forma, em contestar a visão clássica e positivista da separação rigorosa entre dogmática e política criminal, atribuída à Liszt. Segundo Roxin, “o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal”⁹.

Diversamente das concepções causais e finalista – que idealizaram um sistema fechado e classificatório da teoria do crime, isolando a dogmática das decisões valorativas político-criminais e da própria realidade social – Roxin entende que os conceitos dogmáticos da teoria do delito devem ser funcionalizados para a realização das intenções político-criminais que se depreendem da Constituição.

Se o sistema finalista foi responsável por avanços importantes da teoria do delito, como a sedimentação do injusto e da culpabilidade em bases mais sólidas¹⁰ e o deslocamento do dolo e da culpa da culpabilidade para a tipicidade, o modelo de Welzel pecou por vincular o sistema jurídico-penal a dados estritamente ontológicos.

Como uma reformulação daquilo outrora proposto pelo neokantismo¹¹, o funcionalismo teleológico de Roxin difere dos sistemas clássico e finalista não só pela abertura da dogmática penal para a política criminal, mas também porque reconhece a ação típica não como um dado puramente prévio e ontológico, e sim como produto de uma valoração legislativa¹².

⁷ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 7-15.

⁸ GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. Org. Ronaldo Rebello de Britto Poletti. N. 07. Brasília: UNB, Faculdade de Direito, 2000, p. 321.

⁹ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a construção do sistema jurídico-penal*. Tradução de Alexis Couto de Brito. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et. al. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 48.

¹¹ O avanço do modelo funcionalista teleológico frente ao neokantismo é explicitado pela substituição da vaga noção de “valores culturais” por outro critério mais seguro e sistematizado, das bases político-criminais da teoria dos fins da pena. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 46.

¹² ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82.

Mas a concepção funcionalista do delito possui variantes. Mais precisamente, há duas principais: o funcionalismo teleológico de Roxin, cuja característica marcante é a tonalidade político-criminal e o conceito de função do Direito Penal como proteção subsidiária de bens jurídicos, e o funcionalismo sistêmico de Jakobs, elaborado com foco na expectativa de papéis sociais¹³ e na função do Direito Penal como confirmação da vigência da norma.

A teoria de Jakobs também parte de uma abordagem normativa, mas renuncia à proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal, substituindo-a pelo critério da validade e da estabilização da norma. Para Roxin, no entanto, um sistema social não deve ser mantido apenas por ser um valor em si mesmo, distanciado da realidade social. O Direito Penal não deve pretender somente a obediência, mas sim garantir a existência pacífica, livre e socialmente segura dos cidadãos¹⁴.

Dessa forma, Claus Roxin define bens jurídico-penais como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nesses objetivos”¹⁵, a exemplo da vida, da integridade corporal e do patrimônio.

A noção de bem jurídico exerce um papel fundamental para a limitação da intervenção jurídico-penal, “na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima”¹⁶. O princípio da proteção de bens jurídicos, ao lado do princípio da subsidiariedade, representa a linha diretriz político-criminal que orienta o legislador penal.

Mas a teoria de Roxin não é imune a críticas. Silva Sánchez, por exemplo, atribui ao conteúdo supostamente vago e impreciso de bem jurídico como o responsável, em conjunto com outros fatores, pela expansão do Direito Penal observada na sociedade pós-industrial¹⁷.

Entende-se, no entanto, que o funcionalismo teleológico apresenta critérios importantes para a delimitação da intervenção punitiva, na medida em que só devem ser considerados bens jurídico-penais aqueles interesses fundamentais à convivência pacífica entre os cidadãos. Nesse

¹³ GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. Org. Ronaldo Rebello de Britto Poletti. N. 07. Brasília: UNB, Faculdade de Direito, 2000, p. 326.

¹⁴ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009, p. 16 e p. 33.

¹⁵ *Ibidem*, p. 19.

¹⁶ *Ibidem*, p. 21.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 106-108.

ponto, a concepção de Roxin harmoniza-se com a teoria pessoal do bem jurídico formulada por Hassemer, exposta a seguir.

3. Da teoria pessoal de bem jurídico. Distinção entre bem jurídico e função.

Desde a introdução da noção de bem na dogmática penal, por Birnbaum, o conceito de bem jurídico tomou diversas roupagens que transmudam conforme o contexto político e econômico e a própria evolução da sociedade, do Estado e da política criminal.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, e tomando a ordem jurídica sob pressupostos garantistas, a concepção de bem jurídico que parece mais fiel à função de limitar a intervenção punitiva é a perspectiva pessoal encabeçada por Hassemer¹⁸.

Segundo a teoria pessoal, bem jurídico é um valor que necessariamente tem por referência a pessoa humana, objeto final de proteção de toda a ordem jurídica. Essa vinculação constitui uma garantia de que a liberdade individual não será afetada pela proteção simbólica de funções administrativas de controle político-estatais¹⁹.

Conforme o pensamento de Hassemer, a teoria do bem jurídico deve limitar e racionalizar a atividade do legislador penal, em harmonia com o princípio constitucional de proibição do excesso²⁰.

Para Juarez Tavares, são características de todo bem jurídico a universalidade e a substancialidade, ou seja, a sua existência como valor próprio, reconduzível à pessoa humana, independentemente de uma relação. As funções administrativas do Estado, como o controle da entrada e saída de dinheiro do País, são marcadas pela instrumentalidade porque não possuem um valor próprio, de modo que não podem ser confundidas com um bem jurídico-penal²¹.

Cumprido advertir, contudo, que existem determinadas funções administrativas que possuem caráter de bem jurídico porque constituem um valor reconduzível à pessoa humana,

¹⁸ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Bem jurídico e criminalidade econômica: uma abordagem sob a perspectiva da teoria pessoal do bem jurídico*. In: *Criminalidade econômica em debate*. Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p. 109.

¹⁹ TAVARES, Juarez. *Bien Jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 53.

²⁰ ALVES, Amanda Bastos. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional como expressão do direito penal simbólico no Brasil*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2016, p. 89.

²¹ TAVARES, Juarez. *Bien Jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 60-63 e 73.

por sua universalidade e indispensabilidade para a existência do Estado e do próprio indivíduo, como a administração da justiça²².

A adoção da teoria pessoal não significa, portanto, o abandono completo dos bens jurídicos que possuem algum caráter difuso ou coletivo, mas exige necessariamente que o seu conteúdo seja reconduzível à pessoa humana.

No âmbito do Direito Penal Econômico, por exemplo, as noções de “ordem econômica” ou de “sistema financeiro” não cumprem os requisitos propostos pela teoria pessoal para que possam ser consideradas, por si só, bens jurídicos passíveis de tutela penal, seja pela ausência de um substrato material que transcenda o plano normativo, seja pelo seu caráter demasiadamente amplo e vago²³.

Há, ainda, quem defenda que a proibição penal justificada na tutela da ordem econômica simboliza a proteção de uma função estatal de controle, sintoma do fenômeno de administrativização do Direito Penal: a criminalização da mera desobediência a normas administrativas e a indesejável confusão entre bem jurídico e funções estatais²⁴.

Aqui, entende-se que determinadas condutas lesivas à ordem econômica constitucional (art. 170, CF) podem justificar a intervenção penal, desde que seja possível identificar um referencial pessoal do bem jurídico tutelado.

Nesse contexto, podemos identificar três grupos principais de bens jurídicos aptos a justificar a intervenção penal na atividade econômica, segundo a teoria pessoal: (i) a saúde e a integridade física de uma pluralidade de pessoas, a exemplo do crime contra o consumidor previsto no art. 64 da Lei nº 8.078/90; (ii) o patrimônio de uma pluralidade de pessoas, a exemplo do delito de cartel (art. 4º, II, da Lei nº 8.137/90); e (iii) o sistema monetário, a arrecadação tributária e a administração da justiça, a exemplo dos crimes de moeda falsa (art. 289, CP), de sonegação fiscal (art. 1º da Lei nº 8.137/90) e de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/98), respectivamente²⁵.

²² Ibidem, p. 65.

²³ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Bem jurídico e criminalidade econômica: uma abordagem sob a perspectiva da teoria pessoal do bem jurídico*. In: *Criminalidade econômica em debate*. Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p. 109.

²⁴ BADARÓ, Tatiana Maria. *Bens jurídico-penais supraindividuais e o Direito Penal Econômico*. In: *Criminalidade econômica em debate*. Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p. 181.

²⁵ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Bem jurídico e criminalidade econômica: uma abordagem sob a perspectiva da teoria pessoal do bem jurídico*. In: *Criminalidade econômica em debate*. Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p. 113-114.

4. Opções de política criminal depreendidas a partir da Constituição

A relação entre a política criminal e a dogmática penal constitui um ponto central da teoria funcionalista teleológica de Roxin, segundo a qual todos os conceitos da teoria do crime devem ser funcionalizados para realizar a missão do Direito Penal, que consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos.

Por certo, o legislador penal não é livre para considerar qualquer interesse como bem jurídico, estando vinculado às diretrizes político-criminais deduzidas da Constituição²⁶. Também para Hassemer, as diretrizes de política criminal devem tomar como referência a Constituição, sendo que o bem jurídico deve ser centrado no núcleo negativo crítico da política criminal²⁷.

As opções de política criminal estabelecidas na Constituição podem ser deduzidas (i) do modelo de Estado adotado e seus fundamentos (art. 1º); (ii) dos objetivos fundamentais da República (art. 3º); e (iii) dos princípios penais expressos e implícitos no texto constitucional (art. 5º), que delimitam o âmbito de intervenção do Direito Penal. Dentre eles, merecem destaque os princípios da legalidade estrita, da subsidiariedade, da ofensividade e da intervenção mínima.

O modelo de Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição impõe a construção da dogmática penal conforme os postulados do Direito Penal mínimo e subsidiário²⁸, segundo os princípios norteadores da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e da liberdade individual (art. 5º, CF).

Considerando que a pena é a intervenção mais grave na esfera de liberdade individual, a sua aplicação somente se justifica se estritamente necessária para tutelar bens jurídicos fundamentais à convivência pacífica dos cidadãos.

Segundo Roxin, no Estado Democrático de Direito o ordenamento jurídico não deve apenas possuir meios para a prevenção do delito, mas também deve impor limites à intervenção

²⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 64.

²⁷ ALVES, Amanda Bastos. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional como expressão do direito penal simbólico no Brasil*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2016, p. 88.

²⁸ SILVA, Gustavo Henrique de Souza. *Legalidade e Direito Penal Econômico. Cinco conclusões estruturantes*. In: *Criminalidade econômica em debate*. Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p. 64.

penal punitiva, para garantir a proteção do cidadão contra o uso arbitrário ou excessivo do *jus puniendi*²⁹.

Nesse contexto, o princípio da legalidade penal, enunciado pela expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, constitui um postulado básico do Estado Democrático de Direito (art. 5º, XXXIX, CF). O princípio pode ser decomposto em quatro funções: (i) proibir a retroatividade da lei penal; (ii) proibir a criação de crimes e penas por meio do costume; (iii) proibir o emprego de analogia para criar tipos incriminadores e agravar penas; e (iv) proibir incriminações vagas e indeterminadas³⁰.

Também é possível extrair, do princípio da legalidade penal, delimitações importantes para o conteúdo do bem jurídico passível de ser tutelado pela norma penal. Segundo Roxin, por exemplo, não é legítimo formular tipos penais para a proteção de bens jurídicos que sejam descritos por conceitos vagos e abstratos, como a paz pública e a saúde pública³¹.

Cumprido ressaltar, nesse ponto, o conteúdo excessivamente amplo e impreciso do conceito de “ordem econômica”, comumente indicado como o bem jurídico-penal tutelado pelos delitos econômicos. Além disso, a descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um bem jurídico que legitime o tipo penal³².

Já o princípio da subsidiariedade, conforme Roxin, constitui diretriz político-criminal segundo a qual a proibição penal só será justificada se não for possível obter o mesmo efeito protetivo do bem jurídico por meios menos gravosos³³, como as sanções cíveis e as administrativas.

O princípio da subsidiariedade é deduzido do postulado da proporcionalidade, que constitui diretriz político-criminal derivada do modelo de Estado Democrático de Direito: se a reprovação penal implica em restrição a bens jurídicos fundamentais, como a liberdade individual, sua aplicação só se justifica se a conduta apresentar ofensividade proporcional à gravidade da sanção imposta³⁴.

²⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General – Tomo I*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Civitas, 1997, p. 137.

³⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 68-77.

³¹ ROXIN, Claus. *Estudios de derecho penal*. Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 50.

³² *Ibidem*, p. 36.

³³ *Ibidem*, p. 52.

³⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General – Tomo I*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Civitas, 1997, p. 65-66.

Seguindo a mesma lógica, também da proporcionalidade se depreendem os princípios da ofensividade – a aplicação da pena só será possível quando constatada uma ofensa relevante a um bem jurídico valioso –, e da intervenção mínima, que compreende o caráter fragmentário do Direito Penal³⁵.

O legislador deve, portanto, seguir o caminho da tutela penal apenas quando esse se apresenta inarredável e estritamente necessário³⁶.

5. Do crime de evasão de divisas: interesse tutelado e evolução da política cambial brasileira

Desde a criação da Lei nº 7.792/1986, muito se discutiu acerca dos bens jurídicos tutelados pelos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, inclusive pelo delito de evasão de divisas.

Segundo a Constituição, o Sistema Financeiro Nacional deve ser “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade” (art. 192, *caput*, CF).

Nos termos da Lei nº 4.595/1964, o Sistema Financeiro Nacional é constituído do Conselho Monetário Nacional, do Banco Central, do Banco do Brasil, do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e das demais instituições financeiras públicas e privadas.

O Sistema Financeiro Nacional abrange, dessa forma, os interesses do Estado relativos à estabilidade das instituições financeiras, que são reguladas por normas de caráter administrativo editadas pelo BACEN e pela CVM. Esse interesse aproxima-se das funções estatais de controle, que são marcadas pela característica de instrumentalidade.

Além disso, a Lei nº 7.492/1986 prevê vinte e dois tipos penais distintos que exigem a identificação do bem jurídico tutelado próprio de cada crime, para além da noção genérica de proteção do Sistema Financeiro Nacional.

Um ano após a edição da Lei nº 7.492/1986, Manoel Pedro Pimentel concluiu que o interesse tutelado no crime de evasão de divisas trata-se da “boa execução da política econômica” do Estado, que constitui “importante aspecto da economia do País, no campo

³⁵ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et. al. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92.

³⁶ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 46.

internacional, pois as divisas estrangeiras são necessárias para o pagamento das dívidas contraídas no exterior, e para o equilíbrio das reservas cambiais”³⁷.

Segundo o autor, ainda, “o que se pretende evitar é que o dinheiro estrangeiro, as divisas, saiam do País ou deixem de nele ingressar”³⁸.

Para Rodolfo Tigre Maia, o bem jurídico-penal tutelado no crime de evasão de divisas consiste no controle governamental das operações cambiais realizadas por particulares, “para evitar-se o êxodo de divisas e a sonegação fiscal”³⁹.

Já para Miguel Reale Jr., o bem jurídico seria a “balança de pagamentos do país”. Conforme o autor, “protege-se as reservas nacionais e o equilíbrio da economia nacional, impedindo-se o êxodo de divisas”⁴⁰.

Ocorre que o tipo penal do art. 22 da Lei nº 7.492/1986 não proíbe a saída de divisas do País, mas sim a conduta de promover evasão de divisas sem autorização legal ou sem comunicar a autoridade competente.

Como já advertiu Tavares, tal sanção penal é aplicável sem considerar-se o fato de que quem envia dez mil dólares para o exterior e não o comunica ocasiona muito menos prejuízo às reservas cambiais do que aquele que envia um bilhão de dólares e comunica o envio desses valores. O interesse tutelado, portanto, não é a proteção das reservas cambiais em si, mas apenas a função de controle de informação⁴¹.

No mesmo sentido, Schmidt e Feldens alertam que o crime sob comento visa à proteção do controle do Estado sobre a saída de divisas para o exterior, de modo a obter as informações necessárias para a execução da política econômica. Segundo os autores, “a criminalização não se dá sobre o movimento financeiro emigratório em si, o qual será legítimo se realizado sob o controle estatal, na forma disposta pelo regime cambial vigente”⁴².

³⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 157.

³⁸ *Ibidem*, p. 157.

³⁹ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 133.

⁴⁰ REALE JR, Miguel. *Crime de evasão de divisas e suas formas típicas*. Revista de Direito Penal Econômico e Compliance. Vol. 2/2020, p. 2.

⁴¹ TAVARES, Juarez. *Bien Jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 63.

⁴² SCHMIDT, Andrei Zenker; FELDENS, Luciano. *O delito de evasão de divisas 20 anos depois: sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira*. Revista opinião jurídica, n. 8, 2006.2, p. 22.

Além disso, o conteúdo da tutela penal do crime de evasão de divisas tem sido esvaziado desde a edição da Lei nº 7.492/1986, com a considerável evolução da política cambial brasileira observada nos últimos trinta anos⁴³.

Diante da fragilidade da economia nacional – a exemplo do desastroso Plano Cruzado, do endividamento externo e das sucessivas crises cambiais –, o regime cambial brasileiro da década de 80 possuía cunho fortemente intervencionista, com rigorosas restrições de entrada e saída de capital nacional e estrangeiro no País e controle estrito do mercado de câmbio pelas autoridades monetárias. Se havia necessidade de proteção das reversas cambiais, de lá para cá, esse cenário político e econômico foi superado e tais restrições foram cada vez mais flexibilizadas⁴⁴.

Importante observar, nesse contexto, que a partir da Circular nº 3.280/2005 do BACEN, inexistem normas vigentes no Brasil que proíbam a remessa de divisas para o exterior. A única exigência é a de que remessas de valores iguais ou superiores àqueles mencionados no primeiro capítulo deste trabalho sejam registrados no Sistema do Banco Central (Sisbacen), de modo que o controle de informação é realizado *a posteriori* pela autarquia.

O interesse que a norma prevista no art. 22 da Lei nº 7.492/1986 visa proteger, portanto, consiste na função estatal de controle da informação sobre a saída de divisas do País, e não na proteção das reservas cambiais propriamente ditas.

E, segundo a teoria pessoal do bem jurídico, funções estatais de controle de informação e políticas governamentais não caracterizam, por si só, bens jurídico-penais, por não atenderem ao critério referencial da pessoa humana, delimitador da intervenção penal.

Mesmo considerando a possibilidade de flutuação das reservas cambiais, as operações de câmbio por instituições financeiras são estritamente reguladas pelo Banco Central, nos termos da Lei nº 4.595/1964, e as operações paralelas ou clandestinas de câmbio sem autorização já são punidas nos termos do art. 16 da Lei nº 7.492/1986.

Noutro giro, se a norma penal prevista no art. 22 da Lei nº 7.492/1986 também visa coibir, ainda que indiretamente, a remessa de dinheiro para o exterior com o fim de ocultar a origem criminosa de recursos ilícitos ou de reduzir ou suprimir tributos devidos, tais condutas

⁴³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Evasão de divisas no projeto de código penal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 243, p. 5-6, fev.. 2013, p. 5.

⁴⁴ NUNES, Ricardo Pieri. *Evasão de divisas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 14, n. 62, p. 134-177, set./out., 2006, p. 137-140.

foram melhor contempladas pela Lei nº 9.613/1998, que tipifica o delito de lavagem de capitais, e pela Lei nº 8.137/1990, que define os crimes tributários.

Além disso, Caruso aponta outras problemáticas relacionadas à conduta típica do crime de evasão de divisas estabelecida no art. 22, parágrafo único, segunda parte, da Lei nº 7.492/1986 que merecem destaque⁴⁵:

Ainda que se reconheça, no art. 22 da Lei nº 7.492/1986, o bem jurídico política cambial do País ou a proteção das reservas cambiais, uma análise mais cautelosa da segunda parte do parágrafo único do mesmo dispositivo revela que a punição daquele que mantiver depósitos no exterior não declarados à repartição federal competente visa proteger o Erário. Afinal, a manutenção de depósitos não declarados no exterior lesa os cofres públicos e impacta na carga tributária que seria devida para a Receita Federal do Brasil. Portanto, é até questionável a pertinência dessa conduta típica na Lei nº 7.492/1986, porque não impacta o sistema financeiro, mas a arrecadação de tributos.

Não se desconhece que a conduta de promover evasão de divisas do País em desacordo com as normativas editadas pelo BACEN e pelo CMN pode provocar reflexos negativos na execução da política cambial, e, em última medida, no Sistema Financeiro Nacional.

Tal conduta constitui, por esse motivo, um ilícito cambial a merecer sanção de natureza administrativa, a exemplo do ingresso irregular de divisas no País, que não é contemplado no art. 22 da Lei nº 7.492/1986.

Mas, com a devida vênia àqueles que entendem em sentido contrário, sob a ótica da teoria pessoal do bem jurídico, e considerando as diretrizes de política criminal deduzidas da Constituição, bem como o cenário jurídico e econômico atual brasileiro, a tutela penal da conduta de evasão de divisas parece ilegítima, a indicar que o campo do Direito Administrativo é o meio idôneo para a proteção de tais interesses.

6. Conclusão

A regulação jurídica do mercado de câmbio foi alterada substancialmente no Brasil desde a entrada em vigor da Lei nº 7.492/1986, que tipifica o crime de evasão de divisas em seu art. 22.

O cenário político e econômico atual revela-se absolutamente distinto daquele observado na década de 80, que motivou a criação da Lei de Crimes Contra o Sistema

⁴⁵ CARUSO, Tiago. *Um panorama das dificuldades dogmáticas decorrentes da estrutura dos tipos da Lei nº 7.492/1986*. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 386-418, 2021, p. 407-408.

Financeiro Nacional. Verifica-se, portanto, haver um descompasso entre o tipo penal de evasão de divisas e o regime cambial atual.

Noutro giro, não há consenso na doutrina sobre o bem jurídico tutelado pelo crime previsto no art. 22 da Lei nº 7.492/1986. A proteção genérica do Sistema Financeiro Nacional, por si só, é insuficiente, e a posição originária de que o bem jurídico tutelado seria a proteção das reservas cambiais é inadequada: o que o tipo incriminador proíbe não é a saída de divisas do País, mas a saída de divisas ou a manutenção de depósitos no exterior sem comunicar a autoridade competente.

Conclui-se, portanto, que o interesse protegido pela norma estabelecida no art. 22 da Lei nº 7.492/1986 trata-se de uma função estatal de controle, mais precisamente de controle da informação sobre as reservas cambiais do País. E segundo a teoria do bem jurídico de Hassemer, funções estatais de controle não caracterizam, por si, bens jurídicos passíveis de tutela penal.

Também segundo as opções de política criminal deduzidas da Constituição, como os princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima, os interesses que a norma do art. 22 da Lei nº 7.492/1986 não constituem bens jurídicos merecedores de tutela penal, a sugerir uma reforma legislativa, como a proposta do Projeto de Lei nº 586/2020.

Ainda que a saída irregular de divisas do país afete o controle das reservas cambiais e, em última medida, o Sistema Financeiro Nacional, tal conduta constitui um ilícito a merecer sanção administrativa, e não penal.

7. Referências Bibliográficas

ALVES, Amanda Bastos. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional como expressão do direito penal simbólico no Brasil*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2016.

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *O crime de evasão de divisas e a relevância penal na manutenção de valores no exterior*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 242, p. 14-15, jan., 2013.

BADARÓ, Tatiana Maria. *Bens jurídico-penais supraindividuais e o Direito Penal Econômico*. In: Criminalidade econômica em debate. Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p. 181.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Bem jurídico e criminalidade econômica: uma abordagem sob a perspectiva da teoria pessoal do bem jurídico*. In: *Criminalidade econômica em debate*. Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018.

CARUSO, Tiago. *Um panorama das dificuldades dogmáticas decorrentes da estrutura dos tipos da Lei nº 7.492/1986*. *Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte*, v. 6, n. 2, p. 386-418, 2021.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. Org. Ronaldo Rebello de Britto Poletti. N. 07. Brasília: UNB, Faculdade de Direito, 2000.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

NUNES, Ricardo Pieri. *Evasão de divisas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo*, v. 14, n. 62, p. 134-177, set./out., 2006.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et. al. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE JR, Miguel. *Crime de evasão de divisas e suas formas típicas*. Revista de Direito Penal Econômico e Compliance. Vol. 2/2020, p. 2.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General – Tomo I*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a construção do sistema jurídico-penal*. Tradução de Alexis Couto de Brito. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et. al. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHMIDT, Andrei Zenker; FELDENS, Luciano. *O delito de evasão de divisas 20 anos depois: sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira*. Revista opinião jurídica, n. 8, 2006.2.

SILVA, Gustavo Henrique de Souza. *Legalidade e Direito Penal Econômico. Cinco conclusões estruturantes. In: Criminalidade econômica em debate.* Org. Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais.* Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Evasão de divisas no projeto de código penal.* Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 243, p. 5-6, fev., 2013.

TAVARES, Juarez. *Bien Jurídico y función em Derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 2004.