

A EVASÃO DE DIVISAS E A GUERRA CONTRA A CRIMINALIDADE DOURADA: APONTAMENTOS SOBRE O DELITO DE MANUTENÇÃO NO EXTERIOR DE DEPÓSITOS NÃO DECLARADOS E A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL

Ítalo Menezes Rabelo ¹

Sumário: *Introdução; 1 O contexto de concepção do delito de evasão de divisas na legislação brasileira; 1.1 O delito de evasão de divisas; 1.1.1 Aspectos dogmáticos do delito de evasão de divisas e suas espécies; 1.1.2 Escorço crítico acerca da constitucionalidade do delito de manutenção no exterior de depósitos não declarados; 2 Criminalidade econômica e o sistema penal contemporâneo; 2.1 A posição do julgador entre a criminalidade econômica e o processo penal do espetáculo; 2.2 A evasão de divisas no contexto da guerra contra a criminalidade dourada: os crimes econômicos no alvo da cultura da punição; Conclusão; Referências.*

Resumo: A lei n. 7.492/86 que trata em seu conteúdo dos crimes atentatórios ao Sistema Financeiro Nacional dispõe em seu art. 22, segunda parte, acerca do delito de manutenção no exterior de depósitos não

1. Mestrando em Ciências Criminas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu – IDPEE, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – LFG. Bolsista da CAPES. Advogado Criminalista.

declarados às autoridades competentes. O contexto de criação da lei, bem como os aspectos dogmáticos que afetam a sua própria constitucionalidade, porém, são merecedores de algumas críticas, sobretudo no que toca a opção legislativa de utilização do direito penal como instrumento de manutenção de uma política econômica. Embora o grau civilizatório de uma sociedade possa ser mensurado pela capacidade que tem o seu conteúdo constitucional de resguardar direitos e garantias fundamentais, revela-se patente a crescente demanda por punição motivada por um difundido sentimento de impunidade, encabeçada por setores sociais que estão a exigir cada vez mais uma política de “Lei e Ordem”, de modo a pressionar o sistema de justiça a promover atropelos aos mesmos direitos e garantias constitucionalmente previstos.

Palavras-chave: Lei nº. 7.492/86. Evasão de divisas. Manutenção de depósitos não declarados no exterior. Processo Penal do espetáculo.

INTRODUÇÃO

A lei nº. 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, dispõe em seu artigo 22 que configura crime “efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País”. O parágrafo único do mesmo artigo disciplina ainda que, “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” também incorre na mesma pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, estabelecida para a conduta descrita no caput.

Tal dispositivo é popularmente denominado como crime de evasão de divisas, embora descreva em seu conteúdo, na verdade, três tipos penais diversos e que não se confundem². O primeiro, descrito no caput do artigo 22, trata-se do crime de “realização de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país”.

O segundo, localizado por sua vez na primeira parte do parágrafo único, trata-se do crime identificado como “evasão de moeda ou divisa para o exterior sem autorização legal”. O terceiro, descrito na última parte do parágrafo único, trata-se do crime de “manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente”.

Desde então, o delito denominado “evasão de divisas” figura no ordenamento jurídico brasileiro como meio de evitar a saída de valores da unidade territorial brasileira sem a devida autorização legal, de modo a controlar o fluxo cambial e preservar a higidez financeira do país. Contudo, desde a sua criação, a lei nº. 7.492/86 é cercada de questionamentos que envolvem os

2. CAVALI, Marcelo Costenaro. *Exame do crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior na AP n 470*. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 22, n. 106, jan./fev. 2014. p. 232.

defeitos de sua concepção e os seus respectivos efeitos, e mais recentemente a sua (des)necessidade no contexto econômico contemporâneo.

Conforme leciona Marina Pinhão Coelho Araújo³, “é indiscutível que a Lei 7.492/1986 nasceu em meio à grande controvérsia sobre sua efetividade e qualidade das proposições penais”, pois o país, em dado contexto de criação, necessitava de regulamentação do seu mercado financeiro, e tal norma foi sancionada com a promessa de posterior e breve substituição por instrumento normativo aperfeiçoado, fato que por si só é capaz de atestar a sua deficiência, seu “defeito de fábrica”.

Contudo, após mais de 30 (trinta) anos de sua promulgação, a referida lei continua em vigência e, lamentavelmente, vem sendo utilizada a todo custo para a imputação de crimes em diversas ações penais de grande repercussão, a exemplo da emblemática Apn 470, além de servir como pano de fundo em uma cruzada contra a criminalidade dourada.

Sabe-se, contudo, que desde a promulgação da aludida codificação o contexto econômico-financeiro do país sofreu profundas transformações, e junto dele transmutou-se também o contexto constitucional.

É certo que tal fato altera – ou deveria alterar – sobremaneira a leitura das leis já existentes em um cenário antecedente a constituição de 1988, sobretudo as leis penais ou aquelas que de qualquer forma influenciem na limitação de direitos e garantias fundamentais, a exemplo dos tipos penais criados pela Lei n.º. 7.492/86, como a evasão de divisas.

Para Marcelo Costenaro Cavali⁴, “não só os fundamentos constitucionais que embasam o direito penal protetor do Sistema Financeiro Nacional se modificaram”, pois, em maior ou menor medida, o próprio Sistema Financeiro Nacional se modificou de forma patente, fato que exige uma releitura das normas penais relacionadas.

Faz-se imprescindível, portanto, uma análise mais acurada acerca da nova dinâmica do sistema penal, que atualmente se encontra no centro de uma “guerra” contra corrupção e os diversos tipos penais a ela afetos, bem como acerca das formas de intervenção penal diante do cenário democrático pós Constituição.

Em tempos em que o processo penal tornou-se palco para espetáculos, experimenta-se uma espécie de caças às bruxas, onde a devassa provocada nas vidas de cidadãos importa menos que o show proporcionado. Por isso, importante se faz demonstrar os perigos decorrentes do avanço, no sistema penal, de concepções neoinquisitoriais que confirmam a ideologia da defesa

3. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *O crime de evasão de divisas e a relevância penal da manutenção de valores no exterior*. Boletim Ibccrim. n.º 242 – Janeiro/2013. p. 2.

4. CAVALI, Marcelo Costenaro. *Exame do crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior na AP n 470*. Op. Cit. p. 233.

social, e materializam-se na mitigação de garantias individuais em detrimento do interesse público⁵.

Tais concepções utilizam-se da subversão de categorias como “a velocidade” no processo, e pautam-se na “busca da verdade” e na “relativização das nulidades”, sempre com o escopo de motivar e legitimar decisionismos e arbítrios perpetrados pelos atores que deveriam portar-se com imparcialidade durante o processo penal, de modo a atuar com respaldo na legalidade estrita e, sobretudo, como garantidores de direitos fundamentais do sujeito passivo⁶.

O cenário tem como pano de fundo uma nova cultura de controle do delito que busca sempre surpreender os almejados padrões atuais, estes que, de forma contínua, resignificam a importância simbólica do campo penal e transformam “o modo de pensar e atuar dos agentes penais frente ao delito”⁷.

Portanto, é deste contexto que se extrai a necessidade de uma abordagem crítica acerca do tratamento jurídico penal dispensado ao crime de evasão de divisas, especialmente quanto ao delito de manutenção no exterior de depósitos não declarados, no palco de combate à criminalidade econômica experimentado no sistema penal brasileiro.

1 O CONTEXTO DE CONCEPÇÃO DO DELITO DE EVASÃO DE DIVISAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Antes da regulamentação do Sistema Financeiro Nacional por meio da lei n.º. 7.492/86, vigia no ordenamento jurídico brasileiro tão somente a lei n.º. 1.521/51, que disciplinava os crimes contra a economia popular e criminalizava condutas que atentassem contra a ordem financeira. Algumas destas condutas posteriormente foram absorvidas pela lei mais atual⁸.

Após diversas transformações no cenário da política cambial brasileira ocorridas desde a década de 70, influenciadas principalmente pela primeira e segunda crises do petróleo e consequente ajustamento externo das contas, além do desequilíbrio da balança comercial e tentativa de estabilização fiscal por meio da execução de estratégias financeiras, a exemplo dos planos econômicos Cruzado, Cruzado II e Verão (1986, 1987 e 1989, respectivamente), a economia

5. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Alguns perigos do Constitucionalismo Contemporâneo no Processo Penal*. Revista Síntese - Direito Penal e Processual Penal, n.º. 75 – ago-set/2012. v. 1, p. 34-53, 2012. p. 48.

6. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. OPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6.º ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 259.

7. AMARAL, Augusto Jobim Do. ROSA, Alexandre Morais da. *A cultura da punição: a ostentação do horror*. 2.ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 11-12.

8. BITENCOURT, Cezar Roberto. BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 280.

brasileira vivenciou o fechamento para o capital externo e só posteriormente, ao fim da década de 80, uma abertura paulatina da economia nacional⁹.

Com a inserção da indústria brasileira no mercado internacional, o contexto econômico começou a alterar-se e a economia brasileira experimentou alguns efeitos, como o aumento da oferta de moeda estrangeira em terras brasileiras. Segundo Feldens e Schmidt¹⁰, “os rumos da economia em processo de globalização, outrossim, exigiam que os bancos centrais deixassem de desempenhar um controle cambial *a priori*”, no intento de proporcionar uma ampla liberdade de transações internacionais, desburocratizando as negociações.

Embora houvesse a necessidade de derrubar as barreiras burocráticas existentes, a exemplo da autorização expressa para algumas operações cambiais de grande porte¹¹, era importante que o incentivado fluxo de câmbio estrangeiro no Brasil fosse de alguma forma registrado:

A criação dos SISBACEN, por meio da edição da resolução n. 1.946/92, foi um passo decisivo para o rompimento dessas restrições, pois as transações internacionais apenas passaram a contar com um registro formal obrigatório, capaz de identificar as partes envolvidas, a origem e o destino dos valores¹².

Neste passo, diversos foram as medidas financeiras e intervenções econômicas utilizadas como forma de regulamentar e manter dentro de uma margem controlável a “tendência liberalizante para a circulação de capital estrangeiro em nosso País”, conforme palavras de Feldens e Schmidt¹³, que concluem ainda:

[...] Pode-se notar que o Brasil viveu um período de controle formal (as taxas de câmbio eram controladas pelo BACEN) e substancial (a compra e venda de dólares possuía limites, assim como os negócios, em alguns casos, necessitavam de autorização prévia) das operações de câmbio para, no início dos anos 90, com a gradual abertura da economia ao capital internacional, a cotação da moeda estrangeira ser fixada segundo as regras de mercado e o volume dessas operações sujeitar-se apenas a um controle instantâneo (SISBACEN) cuja regularidade seria apreciada *a posteriori*¹⁴.

9. FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenker. *O delito de evasão de divisas 20 anos depois: Sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira*. In Opinião Jurídica. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus – n. 08, ano 04, 2006.2. p. 13 – 14.

10. Id. p. 13 – 14.

11. Id. p. 14.

12. Id. Ibidem.

13. Id. p. 15.

14. Id. Ibidem.

Em um cenário de constantes mudanças, naturalmente houveram reflexos significativos na forma e limite de atuação estatal na repressão penal das condutas afetas à remessa de valores para o exterior, e a manutenção de valores no exterior por brasileiros, notadamente quanto a tutela penal desempenhada pela lei nº. 7.492/86 e seu artigo 22¹⁵ que, diante disso, exige uma releitura constitucionalizada.

Endossa tal posicionamento Marcelo Costenaro Cavali¹⁶, ao afirmar que além do próprio Sistema Financeiro, objeto de proteção, ter sofrido profundas alterações neste interregno, modificou-se até mesmo os fundamentos constitucionais nos quais o direito penal protetor do Sistema Financeiro Nacional é calcado, “o que impõe uma releitura das normas penais relacionadas”.

1.1 O DELITO DE EVASÃO DE DIVISAS

1.1.1 ASPECTOS DOGMÁTICOS DO DELITO EVASÃO DE DIVISAS E SUAS ESPÉCIES

A contextualização do cenário econômico à época de edição da aludida legislação mostra-se importante para entender qual o bem jurídico que o legislador buscou proteger, e isso somente é possível a partir da análise da política cambial, pois conforme afirma Bitencourt, “a definição do bem jurídico tutelado somente poderá ocorrer a partir do exame de uma política cambial identificada com os termos em que o legislador estabeleceu os limites da tutela penal”¹⁷.

Diante do contexto de promulgação da lei 7.492/86, onde o buscava-se equilibrar de um lado o incentivo para entrada de capital estrangeiro na economia brasileira a partir de um processo de desburocratizações, e de outro o controle desse fluxo cambial, o bem jurídico das três figuras típicas disciplinadas no art. 22 e parágrafo, relacionam-se à necessidade de garantir que os órgãos do sistema financeiro nacional mantenham o controle “de operações de câmbio que objetivam remeter divisas ao exterior sem o controle do SISBACEN”¹⁸, com o fim de garantir a execução da política cambial.

Importante destacar que há divergências quanto ao bem jurídico tutelado pelo crime de manutenção de depósitos no exterior sem declaração

15. Id. *Ibidem*.

16. CAVALI, Marcelo Costenaro. *Exame do crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior na AP n 470*. Op. Cit. p. 233.

17. BITENCOURT, Cezar Roberto. BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. Op. Cit. p. 281.

18. Id. p. 280 - 281.

às autoridades brasileiras, a exemplo da posição de José Carlos Tórtima, para quem a objetividade jurídica é a proteção das “reservas cambiais do País, aí compreendidos os recursos em moedas estrangeiras conversíveis, oficialmente em mãos de residentes no Brasil”¹⁹, e que afirma ainda que o tipo disposto pela última parte do parágrafo único trata-se de crime de “dupla ofensividade”, pois viola o sistema tributário e o sistema financeiro.

Contudo, grande parte dos estudiosos nacionais consideram que mesmo a figura típica localizada na segunda parte do parágrafo (manutenção no exterior de depósitos não declarados) tem como bem jurídico, em uma perspectiva mais ampla, a regular execução da política cambial, assim como os outros tipos penais dispostos no caput e na primeira parte do parágrafo²⁰.

A lei n. 7.492/86 dispõe em seu art. 22 que configura crime contra o sistema financeiro nacional efetuar operação de câmbio não autorizada com o fim de promover a *evasão* de divisas do território nacional, onde nota-se que a figura típica cinge-se tão somente à saída de moeda ou divisa. Logo, o dispositivo se faz indiferente à entrada de divisas no país e, portanto, deixa de atribuir qualquer repercussão penal para tal conduta.

Todos as espécies do delito de evasão de divisas tratam-se de normas penais em branco, pois necessitam de outras normas jurídicas para complementá-las. Logo, em razão de seu conteúdo ser incompleto ou mesmo impreciso, as normas penais em branco dependem de uma norma complementar para concluírem a configuração da própria conduta típica²¹.

As elementares especiais de antijuridicidade existentes nos delitos descritos no art. 22, quais sejam: “não autorizada”, presente no caput, “sem autorização legal”, presente na 1ª parte do parágrafo único, e “repartição federal competente”, na parte final do parágrafo, indicam de forma clara que

19. TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.

20. Neste sentido, Bitencourt e Breda: “A nosso juízo [...] o objeto jurídico tutelado por essa figura de evasão de divisas é o equilíbrio e o controle das reservas cambiais, representadas pelo estoque em moedas estrangeiras conversíveis, oficialmente em mãos de residentes no Brasil, bem como em títulos conversíveis nessas moedas” (in BITENCOURT, Cezar Roberto. BREDÁ, Juliana. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. Op. Cit. p. 318.) e Schmidt e Feldens: “A forma delitiva da segunda parte do parágrafo único igualmente visa à proteção da regular execução da política cambial, uma vez certo que depósitos titulados no exterior constituem-se como um passivo cambial. Ou seja, na expectativa de que um dia retornarão ao País, esses depósitos exigirão ser contraprestacionados em moeda nacional. Mais especificamente, o controle exercido pelo BACEN sobre depósitos no exterior tem por objetivo mapear o quadro dos capitais brasileiros no exterior e conhecer a composição do passivo externo líquido do País, dados esses convenientes e necessários à boa formatação da política cambial brasileira, sendo essa a finalidade protetiva da norma” (in FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O crime de evasão de divisas: A Tutela Penal do Sistema Financeiro Nacional na Perspectiva da Política Cambial Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 178.)

21. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral, 1. – 17. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva. 2012. p. 199.

tais figuras típicas necessitam imprescindivelmente da existência de outras normas jurídicas para que seu conteúdo se complete e que, neste caso, trata-se de normas administrativas editadas pelo BACEN²².

A respeito disto, afirma Márcio Ferro Catapani²³:

Trata-se, claramente, de norma penal em branco, que demanda a sua integração por comandos jurídicos não penais – como, de resto, acontece com todos os tipos penais estruturados nesse mesmo artigo de Lei. A formulação dos três tipos penais cristalizados no art. 22 da Lei 7.492/1986 – um no *caput* e dois no parágrafo único – exige a ocorrência de um ilícito administrativo para que a tipicidade seja verificada. Com efeito, a operação de câmbio deve ser “não autorizada”, a remessa de moeda ou divisas para o exterior há de ocorrer “sem autorização legal” e, no que tange aos depósitos, deve existir um dever jurídico de declará-los que possa ser descumprido.

Notadamente quanto ao delito de manutenção de depósitos no exterior, importante destacar que para uma compreensão mais adequada se faz necessário recorrer aos institutos do direito comercial, até mesmo para saber “quais são os depósitos mencionados na norma e quem é o seu efetivo titular”, conforme contribuições de Márcio Ferro Catapani²⁴.

Embora o texto da última parte do parágrafo único possa sugerir tratar-se de uma conduta omissiva, em razão da necessidade de *deixar de prestar* informações a autoridade competente, todos os tipos penais do art. 22 tratam-se de crimes comissivos. Ademais, tratam-se de crimes comuns, cometidos por qualquer indivíduo, pois não são exigidas nenhuma condição particular para o agente ativo²⁵, que pode ser pessoa física ou jurídica, mesmo que não sejam aquelas que realizam as operações de câmbio, por força do disposto no art. 1º, inciso I, da Lei 7.492/86.

Tal conclusão tem supedâneo no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, expresso no julgamento do habeas corpus nº. 9281/PR:

Criminal. RHC. Crime contra o sistema financeiro nacional. Lei 7.492/86. Art. 6º e 22. Efetuar operação de câmbio não-autorizada e induzir em erro repartição pública por sonegar informação da operação. Trancamento da ação. Inépcia da denúncia. Deficiência da peça e prejuízo à defesa não-demonstrados. Ausência de justa causa não eviden-

22. FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O crime de evasão de divisas: A Tutela Penal do Sistema Financeiro Nacional na Perspectiva da Política Cambial Brasileira*. Op. Cit. p. 155.

23. CATAPANI, Márcio Ferro. *Apontamentos sobre crime de manutenção de depósitos no exterior sem declaração às autoridades brasileira*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 102, (jun. 2013), p. 221-239. p. 222.

24. Id. *Ibidem*.

25. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. -3. ed. rev., atual, e ampl. - São Raulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 217.

ciada. Tipicidade. Matéria decidida na esfera administrativa. Independência das instâncias. Recurso desprovido. [...] III. As pessoas jurídicas que realizam operações de câmbio equiparam-se, pelo art. 1º, inc. I, da Lei nº 7.492/86, e para os efeitos da lei, às instituições financeiras. IV. O delito do art. 22 da Lei nº 7.492/86 configura crime comum e sujeita todo agente que faça operação de câmbio não autorizada, visando à evasão de divisas. [...] (STJ. RHC 9281/PR. Relator Ministro Gil86son Dipp. Quinta Turma. Julgamento 13/09/2000. Publicação 30/10/2000).

No que se refere ainda ao sujeito ativo, muito embora *in caso* não seja possível a responsabilização da pessoa jurídica, são responsabilizados ainda pelo delito descrito no *caput* tanto o beneficiário quanto o doleiro que, de comum acordo, efetuem a operação de câmbio no intento de enviar as divisas para o exterior²⁶.

Tal é o exemplo do sistema dólar-cabo, no qual o beneficiário “interessado em remeter dinheiro para o exterior repassa os recursos para um doleiro no Brasil” e, na mesma ocasião, o doleiro efetua um “depósito correspondente na conta indicada pelo interessado no exterior”, segundo explica Thiago Botino do Amaral²⁷. A União é o sujeito passivo do delito, uma vez que monopoliza o controle do fluxo cambial por intermédio do BACEN²⁸.

1.1.2 ESCORÇO CRÍTICO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO DELITO DE MANUTENÇÃO NO EXTERIOR DE DEPÓSITOS NÃO DECLARADOS

O delito de evasão de divisas trata-se de figura jurídica que claramente se apropria do discurso punitivo como forma de possibilitar que a política cambial não corra o risco de ser prejudicada por um cenário de incerteza e fluidez no que se refere as reservas cambiais do Brasil. Por isso, decidiu o legislador criminalizar, na última parte do parágrafo único do art. 22 da Lei n. 7.492/86, a conduta de manter no exterior depósitos não declarados à repartição federal competente.

Seu conteúdo tem sido esvaziado com o passar das décadas, e desde a sua concepção a legislação protetiva do Sistema Financeiro Nacional tem recebido críticas que tocam à sua própria (i)legitimidade material, que expõe

26. FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O delito de evasão de divisas 20 anos depois: Sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira*. Op. cit. 18.

27. AMARAL, Thiago Bottino do. *Direito penal econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2010. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direito_penal_economico_2015-1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017. p. 32.

28. FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O delito de evasão de divisas 20 anos depois: Sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira*. Op. cit. 18.

de forma escancarada a desconsideração do caráter fragmentário do direito penal. Tal é a crítica promovida por Ricardo Pieri Nunes²⁹:

Ilegitimidade da *ratio* legislativa. Tipos penais mal construídos. Visão ultrapassada sobre os conceitos econômicos subjacentes aos elementos integrantes das normas penais incriminadoras. Anacronismo vigente. São estas as palavras de ordem em torno do arcabouço normativo tocante à repressão penal em matéria de operações de câmbio no Brasil.

Tais críticas cabem de forma mais acentuada em relação aos tipos penais afetos aos delitos de evasão de divisas, à medida que fazem da *última ratio* o “braço armado de uma política econômica”. Conforme expõe novamente Ricardo Pieri Nunes³⁰, quaisquer políticas de governo, “sejam elas econômicas, sociais ou culturais, emergenciais ou não, jamais podem ser implementadas pela via penal, ao menos num Estado que pretenda autodenominar-se democrático e de direito”.

Não bastasse ter que recorrer ao direito penal para cumprir a agenda de uma política econômica, o referido dispositivo trata-se de norma penal em branco, fato que expõe sem qualquer timidez a faceta sombria da intervenção punitiva *in caso*. Como se apenas quadro branco rabiscado fosse, o anacronismo do delito de manutenção de divisas no exterior não permite que mesmo a mais tosca e zombeteira análise em uma perspectiva artística lhe atribua algum traço de contemporaneidade.

É que a opção legislativa pela utilização do direito penal neste caso revela completa desconsideração das gravosas consequências do *ius puniendi* na vida dos cidadãos, mormente se analisado com vistas ao fato de que a norma integradora do tipo penal jamais foi editada formalmente, pois sequer existe lei complementar, conforme exigido pelo art. 192 da Constituição Federal, capaz de integrar o sentido do tipo penal, definindo a elementar normativa “depósitos não declarados à repartição federal competente”³¹.

Diante disso, tal desígnio foi atribuído a órgãos públicos que, por via de atos administrativos, regulamentam as atividades cambiais e movimentações financeiras pertinentes a saída de divisas do território nacional e manutenção de valores no exterior, a exemplo da Circular/BACEN n. 3.071, que somente em 2001 regulamentou a declaração de depósitos mantidos por brasileiros no exterior, embora desde 1969 já houvesse a exigência legal de declarar

29. NUNES, Ricardo Pieri. *Evasão de divisas?* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 62, p. 134-177, nov./dez. 2006. p. 2.

30. Id. p. 2.

31. BITENCOURT, Cezar Roberto. BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. Op. Cit. p. 310.

tais valores ao BACEN, conforme disciplinava o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.060³².

Ocorre que tais atos administrativos, contudo, em razão de sua posição inferior em relação às leis complementares na hierarquia das normas – estas últimas sim autorizadas pela Carta Constitucional para atuarem como integradoras dos tipos penais nos crimes contra a Sistema Financeiro Nacional –, não possuem idoneidade para tanto, conforme afirma Cezar Roberto Bitencourt, que pontua ainda que as Circulares, os Regulamentos, as Resoluções e as Portarias, “invariavelmente invocados pelo Ministério Público Federal para promover a ‘integração’ da norma penal em branco contida no dispositivo penal *sub examen*, não têm idoneidade para completar esse tipo penal”³³.

Explica-se. A Constituição Federal de 1988, ao disciplinar em seu capítulo IX do título VII o Sistema Financeiro Nacional, dispõe que este será regulado por leis complementares³⁴. Antes de ser disciplinado pela Constituição da República vigente, o Sistema Financeiro Nacional foi instituído e disciplinado pela lei n. 4.595/64, chamada “lei da reforma bancária”, que instituiu também o Conselho Monetário Nacional – CMN e foi recepcionada em parte, com caráter de lei complementar, quando do advento da Carta Constitucional de 1988.

Portanto, o Sistema Financeiro Nacional continua disciplinado, no que não contrariar as disposições constitucionais, pela lei n. 4.595/64. Na sistemática da referida legislação, o CMN, como órgão máximo no sistema financeiro nacional, titularizou a função normativa e de toda forma deliberativa acerca do funcionamento das instituições financeiras. O Banco Central do Brasil, por sua vez, controla, fiscaliza e regula a atividade das instituições financeiras³⁵.

Ocorre que, a partir da adoção pela Carta da República do princípio da reserva legal, estampado no art. 5º, II, atribuiu-se o Congresso Nacional a competência exclusiva para legislar a respeito de matéria afeta ao Sistema Financeiro Nacional (art. 48, XIII), incompatibilidade que provocou, por consequência, a “não recepção” dos dispositivos da lei n. 4.595/64 que

32. Id. p. 310.

33. Id. Ibidem.

34. Art. 192, CF: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

35. BITENCOURT, Cezar Roberto. BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. Op. Cit. p. 310.

delegavam ao CMN e ao BACEN a competência para controle das instituições financeiras e suas respectivas operações³⁶.

Com efeito, uma vez que as normas integradoras da norma penal em branco foram criadas por atos administrativos de órgãos que, diante do atual cenário constitucional, não possuem competência para legislar em matéria relacionada ao Sistema Financeiro Nacional, resta claro que tais normas são inidôneas para integrar o sentido do tipo penal, conforme conclui Bintencourt³⁷:

Além de atribuir competência exclusiva ao Congresso Nacional para legislar sobre instituições financeiras e suas operações, a Constituição Federal assegura-lhe sua indelegabilidade, significando que nenhum outro Poder, Judiciário ou Executivo, por qualquer de seus órgãos, pode disciplinar ou regulamentar o sistema financeiro nacional. Nesse sentido, todas as normas administrativas – resoluções, circulares, instruções, regulamentos ou similares expedidos pelo Banco Central, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelo próprio Conselho Monetário Nacional – são absolutamente inidôneas para regulamentar o sistema financeiro nacional. Essa carência de legitimidade impede que as normativas emitidas pelos referidos órgãos possam assumir a condição de integradoras de normas penais em branco constantes da Lei n. 7.492, especialmente do art. 22 e seu parágrafo único.

Esta flagrante inconstitucionalidade expõe uma das facetas mais vis do anacronismo da lei n.º. 7.492/86, traduzida na total falta de revisão e desleixo da atividade legislativa pós promulgação da aludida codificação. Sobretudo em se tratando de uma norma que, além de fazer do direito penal o “braço armado de uma política econômica”³⁸, conta com o ranço punitivista que avança sempre mais no sistema penal, e acentua o ritmo de recrudescimento dos aparelhos punitivos.

2 CRIMINALIDADE ECONÔMICA E O SISTEMA PENAL CONTEMPORÂNEO

A crescente onda punitiva que tem se instalado no seio social, inegavelmente influencia na dinâmica de relacionamento entre os indivíduos e o sistema penal. Categorias como velocidade e impunidade acabam por ser os parâmetros de atuação do sistema de justiça e, nesta equação, direitos e garantias são diminuídos e resultam na crescente multiplicação dos números do sistema carcerário.

36. Id. p. 312.

37. Id. p. 310.

38. NUNES, Ricardo Pieri. *Evasão de divisas?* Op. Cit. p. 2.

O discurso de emergência, recorrente instrumento de legitimação do poder punitivo³⁹, é um dos principais ensejadores do crescimento dos arbítrios perpetrados no âmbito do sistema penal, que se desvela tanto em codificações de caráter repressivo e que necessitam de imperiosas leituras constitucionalizadas, como na mitigação dos mais mezinhos direitos do cidadão submetido à investigação criminal.

E engana-se quem acha (ou quem é convicto) que o discurso de insegurança e alarde social se volta apenas aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, ou ainda aos tipos penais originários da guerra às drogas, como o são aqueles praticados pela já conhecida clientela que se amontoa nos presídios brasileiros, apenados em grande parte pela prática de roubo, homicídio, latrocínio e tráfico de entorpecentes.

O furor punitivo também alcança a criminalidade dourada, e os “criminosos de colarinho branco” passaram a elencar o rol de inimigos selecionados por setores sociais que exigem cada vez mais o recrudescimento dos aparelhos punitivos, em clara manifestação do fenômeno denominado por Maria Lúcia Karam de “esquerda punitiva”⁴⁰.

Contudo, a construção desta tendência punitiva à esquerda não é nada mais que outra faceta da crença punitiva tradicional que “traz consigo o enfraquecimento dos direitos fundamentais”⁴¹.

2.1 A POSIÇÃO DO JULGADOR ENTRE A CRIMINALIDADE ECONÔMICA E O PROCESSO PENAL DO ESPETÁCULO

No auge de operações policiais e ações penais como a “lava a jato”, a criminalidade econômica encontra-se no centro de uma cruzada contra a corrupção e os delitos a ela afetos. A sociedade em geral volta suas atenções para os próximos acontecimentos que, curiosamente, recebem cobertura completa da mídia, sempre sedenta por novas informações, que de preferência noticiem uma nova prisão.

A nova cultura de controle do delito a que se assiste atualmente, busca sempre surpreender os almejados padrões atuais que continuamente resignificam a importância simbólica do campo penal, e transformam “o

39. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*; tradução Sérgio Lamarão. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 26

40. KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. Revista Discursos Sediciosos - Crime, Direito e Sociedade, ano 1, nº 1, 1996. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia - Relume Dumará, 1996.

41. AMARAL, Augusto Jobim Do. ROSA, Alexandre Moraes da. *A cultura da punição: a ostentação do horror*. Op. Cit. p. 11-12.

modo de pensar e atuar dos agentes penais frente ao delito”, conforme ensinam Alexandre Morais da Rosa e Augusto Jobim Do Amaral⁴².

Nesta toada, importante reflexão deve ser feita no que toca à influência da opinião pública na dinâmica entre o sistema penal e os cidadãos, relação que necessariamente transpassa pela análise do corpo que opera esse sistema e a sua busca pela satisfação do interesse coletivo em detrimento do respeito à direitos e garantias fundamentais.

Como pontua Rubens Casara, não há espaço para garantir direitos fundamentais no processo penal voltado ao espetáculo, pois a dimensão de garantia, inerente a ideia de um processo penal democrático, cede lugar ao discurso dirigido pelo juiz e construído para satisfazer às “maiorias de ocasião, forjadas pelos meios de comunicação de massa, em detrimento da função contramajoritária de concretizar os direitos fundamentais”⁴³.

Deste cenário é possível extrair a necessidade imperiosa de reafirmação da função de cada um dos atores processuais no processo penal à luz do sistema acusatório, mormente no decorrer da fase preliminar que, historicamente inquisitiva, amplia as possibilidades de o sujeito passivo sofrer as ingerências dos interesses extraprocessuais representados pelas expectativas sociais e o senso comum punitivo.

Evidencia-se, ademais, a imprescindibilidade de uma posição ativa do juiz em face de violações ou ameaças de lesão a direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, pois não pode o juiz “permanecer num estado de inércia ou de indiferença” ante ao exercício arbitrário do poder punitivo, “ou mesmo admitir que o legislador infraconstitucional se interponha indevidamente entre ele e a Constituição”⁴⁴.

Portanto, é com supedâneo em um ideal de atuação independente e consentâneo com o modelo garantista que Alberto Silva Franco afirma com acerto que o “Poder Judiciário não é, nem pode ser, um poder fundado sobre a maioria política, porque a sua missão constitucional é a de velar pelos direitos fundamentais de todos e de cada um ainda que tenha de posicionar-se contra a maioria”⁴⁵:

É a partir dessa nova compreensão do papel do juiz no Estado Democrático de Direito e, portanto, do reconhecimento de sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou decorrentes da Constituição, que se busca na atualidade fundamento à legitimação da jurisdição e da independência

42. Id. p. 11-12.

43. CASARA, Rubens. *Processo penal do espetáculo*. In Justificando. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/14/processo-penal-espetaculo/>>. Acesso em: 18 de out. de 2016.

44. FRANCO, Alberto Silva. *O juiz e o modelo garantista*. Boletim IBCCRIM n. 56. jul/1997. Disponível em: <www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 15 de out. 2016. p. 1.

45. Id. p. 2.

do Poder Judiciário.

A atuação do juiz que extrapola os limites inerentes a sua posição de julgador na estrutura processual corrompe o sistema de garantias do processo penal, este que é concretizado, dentre outros princípios, pela imprescindibilidade do contraditório judicial e pela garantia de um juiz imparcial, logo, distante da incômoda situação provocada pela figura do árbitro que possui o domínio pleno das premissas, de modo a conduzir o resultado para onde quiser⁴⁶.

Essa temerosa tendência decorre de um cenário onde concepções autoritárias flertam com a imagem do “bom juiz” e, diante do juiz-faz-tudo⁴⁷, até as instituições de justiça encarregadas da persecução criminal, como Ministério Público e a Polícia, têm sido colocadas em posições subsidiárias nas funções que lhe são ínsitas. Mesmo decorridos 28 (vinte e oito) anos da promulgação da Carta Constitucional que demarcou a função das partes no processo penal, o cenário indica que não houve completa superação do sistema processual inquisitório.

É que tal panorama revela profundos traços do sistema inquisitorial, cuja estrutura é dominada pela busca da verdade e pela prevalência do interesse público sobre garantias da pessoa do acusado⁴⁸, de modo a robustecer o ideal de defesa social. Nesta senda é que fica(ria) a carga do juiz assegurar que garantias não sejam violadas, como forma de buscar o equilíbrio dos interesses dos atores processuais envolvidos na persecução criminal.

No espetáculo do processo penal, a “busca da verdade” entra em cena como um dos valores principais⁴⁹, e é exatamente o seu protagonismo neste enredo que revela profundos traços do sistema inquisitório, onde o arguido é furtado de seus direitos e está sujeito ao poder do juiz que, sem a independência necessária a um julgamento imparcial, torna-se, a um só tempo, juiz e acusador⁵⁰.

Contudo, a “verdade real” tão almejada “não é mais do que a submissão do acusado aos desígnios do poder”⁵¹. Como afirma Salah Khaled Jr., “quando o poder invade o saber e elimina o contraditório não se obtém qualquer verdade e, muito menos, a chamada ‘verdade real’”, pois nesses casos,

46. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório*: Cada parte do lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. pág. 103.

47. Id. *Ibidem*.

48. SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*, I Vol., 3.ª ed., Revista e atualizada, Lisboa: Editorial VERBO, 1996. pág. 55.

49. CASARA, Rubens. *Processo penal do espetáculo*. Op. Cit. pág. 1.

50. SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. Op. Cit. pág. 55.

51. KHALED JR, Salah H. *O sistema processual penal brasileiro*. Civitas, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010. pág. 306.

somente é possível obter aquilo que é imposto pelo juiz de forma arbitrária, de modo a configurar verdadeira submissão criminal⁵².

É passada a hora de superar a busca da verdade real no processo penal, pois a “ambição da verdade”⁵³ já não pode ocupar espaço na dimensão de garantia. Não sem motivos que há muito já alertava Francesco Carnelutti⁵⁴ que o homem jamais alcançará a verdade:

A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal, não é a verdade. Nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e porque, sobretudo, nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem.

Por isso, total razão assiste à Aury Lopes Jr.⁵⁵ quando afirma que “é preciso pensar em um processo liberto do peso da verdade”, que tenha o contraditório como base de construção das decisões penais, com respeito às regras do jogo e cuja “verdade” tenha sua demarcação na licitude da prova produzida, pois ela (a verdade) é contingencial e não fundante.

2.2 A EVASÃO DE DIVISAS NO CONTEXTO DA GUERRA CONTRA A CRIMINALIDADE DOURADA: OS CRIMES ECONÔMICOS NO ALVO DA CULTURA DA PUNIÇÃO

Grande esquema criminoso. Paraíso fiscal. Megaoperação. Indiciamento. Prisão. Figuras carimbadas nas manchetes nacionais, estes são alguns dos termos utilizados diuturnamente nos telejornais, revistas e reportagens em portais digitais como ferramenta de aguçamento da curiosidade social. E o público não tarda em querer saber qual o alvo da vez, a que partido pertence, qual segmento ideológico defende, quais seus hábitos e estilo de vida.

Tudo isso unido e fomentado por um fator em comum: a guerra contra a criminalidade dourada. Entre investigações, conduções, delações e convicções, os agentes da persecução penal têm como carros-chefes os delitos de lavagem de dinheiro, associação criminosa, corrupção e evasão de divisas, que invariavelmente estão presentes em cada uma das diversas fases investigatórias, com os respectivos nomes criativamente atribuídos.

A exploração do delito de manutenção no exterior de depósitos não declarados pelos agentes da persecução penal e conseqüentemente pela grande mídia, ainda que a partir de denúncias vazias, incita no imaginário da

52. Id. Pág. 305

53. KHALED JR, Salah H. *Ambição de verdade no processo penal*. Salvador: JusPodium, 2009.

54. CARNELUTTI, Francesco. *Verdade Dúvida e Certeza*. Traduzido por Eduardo Cambi. In: GENESIS – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, n. 9, julho-setembro 1998, páginas, 1998. pág.1.

55. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal* – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. págs. 118 - 119.

população o sentimento de que aqueles indivíduos de castas mais abastadas, jamais antes atingidos ou ameaçados de sofrer quaisquer sanções por parte do Estado, agora passam a encorpar os números do sistema carcerário.

O sentimento de regozijo, porém, é mais acentuado pelo fato de estes indivíduos serem beneficiários de grandes quantias. E diante da mais fugaz notícia de irregularidade econômica, a exemplo da descoberta de contas bancárias em paraísos fiscais, tais quantias passam automaticamente a serem consideradas fruto de algum outro delito. Os titulares, por sua vez, passam a ser denominados como saqueadores dos cofres públicos, instintivamente apontados como legítimos responsáveis por todas as misérias que assolam a sociedade, principalmente a parcela representada pelo público acrítico dos programas de TV.

Após julgados e condenados pelo tribunal de rua, não basta que sejam devolvidas as vultuosas quantias: O ritual de purificação só se conclui pelo encarceramento, de preferência por longos períodos e nas piores condições de “alojamento”.

Decerto que tal cenário é resultado da equivocada escolha, por parte do legislador pátrio, do direito penal como mantenedor de uma política econômica. Esse contexto de criação normativa, porém, é de total desconhecimento da sociedade em geral, que consome sem reflexão o discurso punitivista difundido na grande mídia, reproduz e retroalimenta a cultura de encarceramento e crença nas boas intenções do sistema punitivo.

A postura social positiva diante da criação de novos tipos penais, motivado em grande parte pelas informações lançadas na mídia que legitima o discurso punitivo, apenas fortalece o ideal de defesa social, baseado na sobreposição das maiorias públicas sobre as minorias. E neste viés, imprescindível rememorar o questionamento feito por Nilo Batista⁵⁶, que ao tratar do processo de criminalização como forma de administração Estatal, provoca: “alguém se recorda da última vez em que a promulgação de uma lei criminalizante foi objeto de crítica pela imprensa?”.

No que toca à lei nº. 7.492/86 e o delito descrito na segunda parte do parágrafo único do seu art. 22, a criminalização então realizada é hoje, além de legitimada a partir do discurso de repressão e guerra aos crimes econômicos, também largamente utilizada em ações penais emblemáticas como a Apn 470, conhecida como o julgamento do mensalão, e a mais recente operação lava jato, que apesar dos holofotes e aplausos do tribunal midiático contemporâneo, remete ao aspecto antiquado e antidemocrático de atuação dos inquisidores da idade média.

56. BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. 2003. Disponível em <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 12 de fev. 2017. p. 5.

Embora baseado na ideia de proteção de bens jurídicos, tal processo de criminalização não deixa de relacionar-se à proteção de um bem jurídico difuso, carente da mínima tangibilidade. Neste sentido, Marcelo Costenaro Cavali afirma que a proteção penal de bens jurídicos difusos não é ilegítima, “desde que sustentada por uma argumentação fundamentada em um juízo de proporcionalidade”⁵⁷.

Acerca da função do direito penal, Claus Roxin⁵⁸ afirma que “a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador”. Resta claro, *in caso*, que tal legitimação foi visualizada na necessidade de tutela de uma política econômica, essa por sua vez lastreada no objetivo de garantir o controle do fluxo cambial.

Nem se perca de vista que o bem jurídico, enquanto elemento indicador da política criminal, é identificado ainda por seu caráter legitimador de toda intervenção penal, uma vez que só é legitimamente aceitável a intervenção consubstanciada no modelo de crime como ofensa a bens jurídicos⁵⁹.

Diante disso é que não se pode desconsiderar os inconvenientes de que tal processo criminalizante é carente de um bem jurídico com o mínimo de tangibilidade material e, sobretudo, da necessidade existente de complementação por meio de outras normas. Esta exigência de norma integradora do tipo penal, diga-se, atualmente é de caráter completamente anacrônico, principalmente ante o cenário pós Constituição de 1988.

Neste sentido é que, para Márcio Ferro Catapani, esta necessidade de integração do tipo penal inscrito na segunda parte do art. 22 da lei n. 7.492/86 com normas de outra natureza “dá ensejo a algumas reflexões sobre o real conteúdo de tal tipo penal, as quais têm significativa influência em processos criminais”⁶⁰.

Afora tais inconvenientes, outros questionamentos remaneceram a partir da APN 470, como a discussão relativa ao próprio momento de consumação do delito. Conforme Mariana Pinhão Coelho Araújo, o delito de manutenção no exterior de depósitos não declarados “não se consuma apenas com o depósito no exterior”, vez que “é preciso que não haja a informação

57. CAVALI, Marcelo Costenaro. *Exame do crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior na AP n 470*. Op. Cit. p. 246.

58. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli – 2. Ed. Porto Alegre Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 11.

59. FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 44.

60. CATAPANI, Márcio Ferro. *Apontamentos sobre crime de manutenção de depósitos no exterior sem declaração às autoridades brasileira*. Op. Cit. p. 222.

à autoridade competente nos moldes delineados pela própria agência estatal, para só então ser digna de atenção das autoridades criminais”⁶¹.

A autora⁶² contribui mais com a discussão, e pondera:

Bem, o marco penal da conduta seria o momento em que ela passa a ferir o Sistema Financeiro a ponto de se caracterizar a infração grave e intolerável à convivência pacífica da sociedade. O crime só estaria consumado a partir deste momento. Nesse sentido, é muito fácil perceber que o mero depósito no exterior não se caracterizaria como atentatório ao Sistema Financeiro brasileiro. É preciso que este valor não integre o montante brasileiro existente no exterior, flexibilizando o montante das reservas nacionais, o que só aconteceria a partir do não preenchimento dos formulários-modelo, na data aprazada pelo Banco Central.

Importante destacar que tal posicionamento tem supedâneo no que Luigi Ferrajoli⁶³ convencionou chamar de “garantias penais substanciais”, que parte da concepção de que a configuração da conduta deve ser constituída pela lesividade, materialidade e culpabilidade. Lamentavelmente, porém, a prática dos tribunais revela certa resistência a uma leitura constitucionalizada das leis penais, restando cristalino a existência de um liminar entre a necessidade de garantias penais substanciais e o respeito a elas.

E em que pese o analisado tipo penal estar envolvido em tantos questionamentos e inconvenientes dogmáticos, que refletem no seu tratamento penal no bojo dos respectivos processos criminais, essa é mais uma conduta abraçada pela cultura do punitivismo que aumenta dia após dia a tensão existente entre os processos criminalizantes e a proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Não sem razão é que Nilo Batista⁶⁴ afirma que a própria ideia de pena é o novo credo criminológico da mídia, pois “antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos”, e conclui:

Pouco importa o fundamento legitimante: se na universidade um retribucionista e um preventista sistêmico podem desentender-se, na mídia complementam-se harmoniosamente. Não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas.

61. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *O crime de evasão de divisas e a relevância penal da manutenção de valores no exterior*. Op. Cit. p. 2.

62. Id. Ibidem.

63. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4ª Ed. rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 425.

64. BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. p. 5.

Neste panorama, diversos são os expedientes utilizados por aqueles que fazem da norma mero instrumento de expressão de poder, e contribuem para um sistema penal que busca a punição para além limites legais, tornando o estado verdadeira máquina de encarceramento. Em verdade, trata-se de um processo de desumanização dos indivíduos eleitos como inimigos sociais, que passam a ser considerados indignos de qualquer tratamento de natureza inclusiva.

Nada resta incólume: A imparcialidade, garantia mínima em um estado de direito, se perde. Na frenética busca pelo regozijo social, não há direito a presunção de inocência que resista, a punição e exposição do inimigo eleito torna-se o cego objetivo a ser alcançado e a justiça resume-se aos anseios da quase sempre totalitária consciência da opinião pública.

Por óbvio, a dinâmica dos atores processuais frente a sociedade sofre interferências que invariavelmente influenciam no grau efetivação das garantias do indivíduo sujeito à persecução penal. A correta aplicação da lei, nestes casos, é tida como conivência com o crime e o criminoso, fato que explica o motivo pelo qual o “garantismo” é tão injuriado atualmente. Neste sentido, alerta Nilo Batista:

A advocacia criminal constitui modalidade consentida de cumplicidade *ex post facto* com o delito; membros do Ministério Público vêm-se enaltecidos na razão direta do desprezo que tenham pela privacidade e outros direitos civis dos acusados; magistrados que levem a sério a tarefa de velar pelas garantias constitucionais e de conter o poder punitivo ilegal ou irracional são fracos e tolerantes (a tolerância já não é uma virtude, como supunha Locke).

Embora o cenário não seja de boas expectativas futuras, não deve ser admitido qualquer recuo na dimensão de garantias. Por derradeiro, é necessário destacar que o amadurecimento do sistema acusatório a partir da completa superação das práticas autoritárias necessita de posturas combativas por parte de todos os indivíduos que compõem o sistema de justiça.

Independentemente da parte ou polo processual a que se busca satisfazer a pretensão, o comprometimento com os valores democráticos e com o respeito às garantias processuais deve ser irrenunciável.

CONCLUSÃO

O delito de evasão de divisas, juntamente de um sem números de condutas abarcadas pela lei n. 7.492/86 e tipos penais afetos à criminalidade econômica, encontram-se no centro de uma guerra contra a corrupção e a criminalidade dourada. A necessidade de debate acerca da efetivação dos direitos fundamentais e da postura acríica frente aos processos de

criminalização tem máxima relevância na realidade vigente, onde um frenesi punitivo vem seduzindo a opinião pública que, cada vez mais alardeada por um discurso de emergência⁶⁵, torna-se a força legitimadora do poder punitivo.

Ocorre que a utilização da emergência como elemento legitimador da expansão punitiva ou da verticalização do poder social, de acordo com os dizeres de Eugênio Zaffaroni, “proporciona a base para criar um estado de paranoia coletiva que serve para aquele que opera o poder punitivo o exerça sem nenhum limite e contra quem lhe incomoda”⁶⁶. Neste cenário, formas e garantias são preteridos e dão lugar a arbitrariedades judiciais e violações de direitos fundamentais em forma de soluções legislativas.

Neste contexto é que a espetacularização do processo penal a que se assiste atualmente tem se mostrado um mecanismo de agitação social eficaz, e tem cumprido com rigor o papel de instigar o apoio popular às inovações legislativas voltadas ao “combate” da criminalidade.

No bojo destas legislações, a exemplo da supracitada, o legislador demonstra o afã de punir com desarrazoada severidade o inimigo selecionado, ainda que com o objetivo de franquiar uma política econômica, relevando em seus dispositivos, com mais ou menos intensidade, a faceta da norma que se identifica como “luta” a determinada criminalidade.

Como bem pontuam Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr., não é mais admissível “continuar aceitando as novidades legislativas sem uma profunda reflexão de qual é o nosso papel (advogados, defensores, delegados, Ministério Público e magistratura), nem os efeitos que nossas posições podem engendrar no coletivo”⁶⁷.

Ao dissertar sobre a crença na bondade do poder punitivo, Salo de Carvalho alerta que tal comportamento define uma postura disforme dos sujeitos processuais, de modo a estabelecer situação de crise por meio da ampliação da distância entre as práticas penais e a expectativa democrática da atividade jurisdicional, ao que se teria como reflexo concreto a “violação explícita ou a inversão do sentido garantista de interpretação e de aplicação das normas de direito e de processo penal, revigorando práticas autoritárias”⁶⁸.

É imprescindível que seja desfeita a ilusão da justiça imediata levada a cabo pela difusão dos discursos punitivos e pelas recorrentes violações do sistema de garantias, e que seja contida a fúria punitiva dos julgadores que

65. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*, tradução Sérgio Lamarão. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 26.

66. Id. Págs. 26 – 27.

67. LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. *Processo penal no limite*. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 57.

68. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008. p.75.

buscam tão somente evitar a incômoda sensação de impunidade provocando o regozijo da sociedade com a punição⁶⁹.

No que concerne à posição imparcial do juiz frente àqueles que deve julgar, leciona Francesco Carnelluti⁷⁰ que para se sentir digno de julgar e punir é necessário estar aparte, livre do pecado, pois só assim o juiz estará acima daqueles que por ele serão julgados, portanto, “como pecar é não ser, ou fazer aquilo que devemos, para ser juiz é preciso ser e fazer o que deve ser feito plenamente, sem deficiências, nem sombras, e sem lacunas; resumindo, para ser juiz, é necessário não ser parte”.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim Do. ROSA, Alexandre Morais da. A cultura da punição: a ostentação do horror. 2^a ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. O crime de evasão de divisas e a relevância penal da manutenção de valores no exterior. Boletim Ibccrim. n.º. 242 – Janeiro/2013.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. 2003. Disponível em <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 12 de fev. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. BREDA, Juliano. Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral, 1. – 17. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva. 2012.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade Dúvida e Certeza. Traduzido por Eduardo Cambi. In: GENESIS – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, n. 9, julho-setembro 1998, páginas, 1998.

_____. As misérias do processo penal. – Campinas, SP: Servanda Editora. 2010.

CARVALHO, Salo de. Antimanual de Criminologia. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008.

69. LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. *Processo penal no limite*. Op. Cit. págs. 55 – 56.

70. CARNELLUTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. – Campinas, SP: Servanda Editora. 2010. p. 48.

CASARA, Rubens. Processo penal do espetáculo. In *Justificando*. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/14/processo-penal-espetaculo/>>. Acesso em: 18 de out. de 2016.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Exame do crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior na AP n 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, v. 22, n. 106, jan./fev. 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte do lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. pág. 103.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.*

FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenker. *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.

FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenker. O delito de evasão de divisas 20 anos depois: Sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira. In *Opinião Jurídica*. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus – n. 08, ano 04, 2006.2.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4ª Ed. rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FRANCO, Alberto Silva. O juiz e o modelo garantista. *Boletim IBCCRIM* n. 56. jul/1997. Disponível em: <www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 15 de out. 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Alguns perigos do Constitucionalismo Contemporâneo no Processo Penal. *Revista Síntese - Direito Penal e Processual Penal*, nº. 75 – ago-set/2012. v. 1, p. 34-53, 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. OPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6º ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 3º ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. *Revista Discursos Sediciosos - Crime, Direito e Sociedade*, ano 1, nº 1, 1996. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia - Relume Dumará, 1996.

KHALED JR, Salah H. *Ambição de verdade no processo penal*. Salvador: JusPodium, 2009.

_____. *O sistema processual penal brasileiro*. Civitas, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. *Processo penal no limite*. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____. *Direito Processual Penal – 11. Ed.* – São Paulo: Saraiva, 2014.

NUNES, Ricardo Pieri. *Evasão de divisas?* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 62, p. 134-177, nov./dez. 2006.

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

SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal, I Vol.*, 3.ª ed., Revista e actualizada, Lisboa: Editorial VERBO, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*; tradução Sérgio Lamarão. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013.