

TRATADOS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL, FIM DA INVISIBILIDADE DO CONTRIBUINTE E O CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS

INTERNATIONAL COOPERATION TREATIES, THE END OF THE TAXPAYER'S INVISIBILITY AND THE TAX EVASION

Stephanie Carolyn Perez¹

Thiago Bermudes de Freitas Guimarães²

Resumo: Com a crescente cooperação entre os países para troca internacional de informações financeiras e fiscais, que resulta na constante mitigação da invisibilidade do contribuinte para com seu Estado de residência, igualmente avança a preocupação em relação às consequências tributárias e penais dos cidadãos que mantinham recursos não declarados no exterior. Neste passo, muito além dos dissabores de eventuais fiscalizações e autuações tributárias, os contribuintes veem-se diante da efetiva possibilidade de responderem processos criminais. Dentre tais condutas, destaca-se a de evasão de divisas, a ser analisada no presente trabalho.

Palavras-chave: Tratados Internacionais – OCDE – FATCA - Lei nº 13.254/2016 – RERCT - Evasão de Divisas – Consumação - Crime Instantâneo e Permanente.

***Abstract:** With the increasing cooperation between countries for the international exchange of financial and tax information resulting in a constant mitigation of the taxpayer's invisibility to his State of residence, there is also a growing concern about the tax and criminal consequences of citizens holding undeclared resources abroad. In this step, far beyond the annoyances of possible tax inspections and tax assessments, taxpayers are faced with the real possibility of responding to criminal prosecutions. Among these conducts, we highlight the currency tax evasion that will be analyzed in this article.*

Keywords: International treaties – OECD – FATCA - Law nº 13.254/2016 – RERCT - Tax Evasion - Consumption moment - Instantaneous and permanent crime.

Sumário: INTRODUÇÃO – 1 CONTEXTO INTERNACIONAL DE COOPERAÇÃO MÚTUA ENTRE ESTADOS – MITIGAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO E FISCAL – 2 AS CONDUTAS ANISTIADAS PELA LEI Nº 13.254/2016 – RERCT – 3 O CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS – 4 DEFINIÇÕES DE CRIME INSTANTÂNEO E CRIME PERMANENTE – 5 EVASÃO DE DIVISAS: CRIME INSTANTÂNEO OU CRIME PERMANENTE? – CONCLUSÃO – REFERÊNCIAS.

¹ Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora. Advogada Criminalista.

² Mestrando em Direito Constitucional e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP; Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET; Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP; Advogado.

INTRODUÇÃO

A partir do ano de 2010, por meio de uma série de tratados internacionais de cooperação mútua, os países do globo deram início a um transformador e revolucionário processo de aproximação administrativa, no que se refere ao fim dos sigilos bancário e fiscal de seus investidores, com intensa troca dessas informações entre os Estados.

O fim da invisibilidade do contribuinte, propiciada até então por diversos países e paraísos fiscais, descortinou não apenas o inadimplemento tributário, mas a prática de condutas potencialmente criminosas e que passariam a ter sua persecução penal iniciada.

Como ocorrido em diversos países, o governo federal editou a Lei nº 13.254/2016, posteriormente alterada pela Lei nº 13.428/2017, que previu, mediante o pagamento de tributo, a anistia de diversas condutas criminais que se encontravam mascaradas pela até então ausência de intercâmbio de informações internacionais entre os países.

Nesse contexto, a Lei nº 13.254/2016, denominada Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), possibilitou o anistiamiento da conduta criminal mais recorrente e percebida a partir da interligação internacional dos dados dos contribuintes: o crime de evasão de divisas.

Analisaremos no presente trabalho, portanto, a natureza do crime de evasão de divisas, tipo penal que, muito além da preocupação com o mero pagamento de tributos, passou a assombrar a vida dos contribuintes que mantinham recursos no exterior.

1 CONTEXTO INTERNACIONAL DE COOPERAÇÃO MÚTUA ENTRE ESTADOS – MITIGAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO E FISCAL

Os atos de cooperação administrativa internacional praticados entre Estados tem o objetivo de efetivar, cada um dentro de seu território, ações que visam resoluções de problemas recíprocos para otimização das atividades administrativas estatais.

Dentro desse contexto, na esfera tributária, a melhor cooperação entre Estados se apresenta pela troca de informações que possibilitem internamente aos entes fiscais apurar a ocorrência de fato gerador e seu respectivo quantum debeatur, os quais se encontravam mascarados ou mitigados pelo distanciamento dos recursos tributáveis e anonimato bancário.

Exemplos sempre clássicos são os paraísos fiscais, com destaque para países como Suíça e Ilha de Jersey, que historicamente permitiam entrada facilitada de capital externo, por meio de tributação mínima de impostos para pessoas físicas e jurídicas, e garantiam sigilo bancário dos recursos depositados, sem qualquer compartilhamento de informações de seus investidores.

Neste passo, a cooperação administrativa internacional de troca de informações entre países deve se dar mediante regras estabelecidas em tratados internacionais a serem subscritos pelos Estados contratantes.

Pode-se apontar como início da cooperação mútua entre países para fornecimento de informações de interesse fiscal o *Hiring Incentives to Restore Employment Act (HIRE)*, assinado pelo então Presidente dos Estados Unidos, Barack Obama, em 18 de março de 2010, dentro do qual se destaca o FATCA, regime que obrigou as instituições financeiras americanas o dever de informar ao fisco estadunidense sobre ativos e contas mantidas por cidadãos americanos, sob pena de retenção de imposto de renda na monta de 30% sobre todos os créditos nelas havidos.

De modo a tornar sua nova legislação efetiva, os Estados Unidos passaram a assinar diversos acordos intergovernamentais, denominados IGAs. No que se refere ao Brasil, foi assinado em 23 de setembro de 2014 acordo que permitiu, a partir de sua internalização por meio do Decreto nº 8.506/15, a troca automática de informações fiscais e bancárias.

Continuamente inserido no contexto global de aproximação entre os Estados e, principalmente, entre seus órgãos de administração tributária, o Brasil, em paralelo ao acordo do FATCA, em 01 de junho de 2016, depositou, junto à Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, o instrumento de ratificação da Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, que havia sido firmado pelo país, em 2011, em Cannes.

A Convenção Multilateral de Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária - CMMAMT foi inicialmente desenvolvida em 1988, conjuntamente pela OCDE e o Conselho da Europa. No ano 2000, a pedido do G-20, foi emendada para diminuição de medidas de erosão fiscal e planejamentos tributários agressivos.

Como mencionado ao norte, o Brasil assinou a Convenção Multilateral apenas no ano de 2011, internalizando-a ao ordenamento jurídico interno cinco anos mais tarde, por meio da edição do Decreto nº 8.842, de 29 de outubro de 2016.

Diante de todo cenário de aproximação dos países e mitigação dos sigilos financeiro e fiscal no exterior, que resultou na verdadeira perda da invisibilidade do contribuinte, foi prática recorrente de todos os países instituírem anistias, de modo a possibilitar aos cidadãos a espontânea regularização de sua situação tributária.

Embora com atraso em relação a países como Alemanha, Estados Unidos, Portugal e Rússia, no Brasil o programa de regularização de ativos no exterior foi instituído por meio do advento da Lei nº 13.254/2016, posteriormente alterada pela Lei nº 13.428/2017.

Referida lei não apenas garantiu ao contribuinte anistia fiscal sobre o capital declarado, condicionado ao tributo de quinze por cento devido sobre o montante regularizado, mas permitiu também a remissão das penas relativas aos delitos incorridos por força das condutas praticadas.

Em outras palavras, o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT, instituído pela Lei nº 13.254/2016, representou não apenas a possibilidade de o contribuinte, mediante pagamento de tributo na monta de quinze por cento do capital declarado, ajustar sua conduta tributária em conformidade com o direito interno brasileiro, como também de se ver livre de eventual responsabilização criminal de suas condutas.

2 AS CONDUTAS ANISTIADAS PELA LEI Nº 13.254/2016 - RERCT

A Lei nº 13.254/16, que dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País determina em seu artigo 5º, §1º que a adesão ao RERCT antes de decisão criminal em relação aos bens a serem regularizados extinguirá a punibilidade dos crimes previstos no rol que indica.

Antes de tratarmos das condutas que serão objeto da extinção de punibilidade, vale tecer breves comentários sobre este dispositivo.

Como se sabe, o delito é a ação típica, antijurídica e culpável realizada pelo sujeito. Uma vez praticado o ilícito penal, surge para o Estado o direito de punir (jus puniendi) o autor do delito. É o que se chama de punibilidade.

A punibilidade representa a possibilidade, pelo Estado, de aplicação da sanção penal ao agente transgressor da norma penal. Da leitura do artigo 5º, §1º da Lei nº 13.254/16 podemos

verificar que o legislador determinou que a adesão ao RERCT por meio da entrega da declaração dos recursos, bens e direitos sujeitos à regularização bem como o pagamento integral do imposto devido em decorrência do acréscimo patrimonial e ainda o pagamento da multa no importe de 100% sobre o valor do imposto apurado “antes de decisão criminal extingirá, em relação a recursos, bens e direitos a serem regularizados nos termos desta Lei, a punibilidade dos crimes a seguir previstos, praticados até a data de adesão ao RERCT”. Verifica-se, portanto, que se trata de renúncia do Estado ao direito de exercer o seu jus puniendi nessa determinada situação, que ocorre por meio de uma anistia penal, ou seja, por meio da “exclusão, por lei ordinária com efeitos retroativos, de um ou mais fatos criminosos do campo de incidência do Direito Penal”.³

Antes de tratarmos das condutas anistiadas pela referida lei, pergunta-se: a Lei nº 13.254/16 é uma lei penal ou tributária? Ao tratar sobre a regularização de valores mantidos por brasileiros no exterior a referida lei dispõe acerca de um programa mundial ou de uma política local? Nos parece que a Lei nº 13.254/16 trata de uma política cambial tributária com finalidade essencialmente arrecadatória. Da leitura dos dispositivos da lei é possível verificar que o seu objetivo não é criar um programa internacional de troca de informações econômicas, mas sim viabilizar a regularização cambial e tributária de valores mantidos no exterior, conforme dispõe o artigo 1º da lei. Note-se que a leitura do mencionado dispositivo legal deixa claro que a lei trabalha com a ideia de regularização mas não diz que a repatriação de valores é necessária.

Contudo, ainda que não seja objetivo da lei a criação de um programa internacional de troca de informações econômicas, na prática isso acaba acontecendo até mesmo porque muitas vezes somente essa troca de informações poderá revelar a existência de numerário fora do território nacional. Neste contexto, entidades internacionais tais como a OCDE e agências internacionais acabam exercendo importante função na medida em que realizam atos de cooperação internacional viabilizando a existência de uma paz social econômica,

Note-se que a Lei nº 13.254/16, que trata de um regime especial de regularização cambial e tributária (RERCT) constitui, na essência, uma lei tributária que utiliza prêmios e ameaças penais para a efetivação de uma busca da transparência econômica.

³ MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense e São Paulo: Método, 2018. p. 968.

Feitas estas considerações, vale destacar que a referida lei dispõe em seu art. 5º, §1º os crimes que terão sua punibilidade extinta caso o sujeito ativo faça a adesão ao RERCT. São eles: I- crimes contra a ordem tributária na forma do art.1º, incisos I, II e V e do art. 2º da Lei nº 8.137/90; II -crime de sonegação fiscal na forma da Lei nº 4.729/65; III- crime de sonegação de contribuição previdenciária, na forma do art. 337-A do Código Penal; IV- crimes de falsificação de documento público, falsificação de documento particular, falsidade ideológica e uso de documento falso quando exaurida sua potencialidade lesiva com a prática de crimes contra a ordem tributária, de sonegação fiscal ou de sonegação de contribuição previdenciária; V- crime de evasão de divisas na forma do caput e parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86; e VI – crime de lavagem de dinheiro na forma do art. 1º da Lei nº 9.613/98.

Como recorte metodológico, vamos analisar especificamente o crime de evasão de divisas, conforme veremos a seguir.

3 O CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS

O crime de evasão de divisas está capitulado no artigo 22 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, nos seguintes termos:

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

O crime de evasão de divisas possui, portanto, três modalidades típicas, quais sejam: (i) efetuar operação de câmbio não autorizada; (ii) promover, sem autorização legal, saída de moeda ou divisa para o exterior; e (iii) manter no exterior depósitos não declarados à repartição federal competente. Vale destacar que não é necessária a realização de todas essas modalidades para que esteja consumado o delito. A realização de apenas uma modalidade típica já basta para a materialidade delitiva do referido delito.

Da análise do tipo penal parece claro que o objetivo da norma não é proibir ou evitar a saída de recursos do país, o que seria um absurdo, mas sim, garantir que todos os valores de origem brasileira que venham a ser enviados para o exterior o sejam por meios legais, de acordo com as normas editadas pelo Banco Central, evitando assim a utilização de expedientes ilícitos para tais finalidades, como por exemplo a atuação de doleiros e operadores do mercado de

câmbio paralelo. Trata-se, portanto, de política cambial em que o Direito Penal é utilizado com o objetivo de controle da economia nacional, com o que ressaltamos desde já que não concordamos.

No entanto, em que pese a nobre intenção legislativa entendemos que ao acionar o Direito Penal para controlar a economia do país o legislador fere o princípio da intervenção mínima, trazendo um verdadeiro inflacionismo penal, com a criação exagerada de infinitos tipos penais que muitas vezes acabam representando mero simbolismo penal, pois nada tutelam de forma efetiva e concreta.

Sobre a subsidiariedade do Direito Penal. Renato de Mello Jorge Silveira afirma:

O chamado princípio de intervenção mínima, também dito de *ultima ratio*, visa traçar norte e fronteira para a atuação desse Estado, preconizando que **a criminalização só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Existindo outras formas de controle social, suficientemente hábeis para a tutela deste bem, tal criminalização mostrar-se-á inadequada e não recomendável.** O Direito Penal deve, pois, representar a *ultima ratio legis*, só entrando em ação quando o bem jurídico apresentar-se violentamente atacado ou agredido. Assim sendo, não mais é tido, tampouco, o estudo do direito repressivo como solução indiscriminada para todos os problemas e desventuras do homem.⁴ (grifou-se)

Vivemos atualmente uma fase de crescimento da repressão penal como reflexo de um contexto econômico e social de rápidas mudanças que resultam em uma série de transformações no Direito Penal. Contudo, não acreditamos que a utilização do Direito Penal seja a solução correta para o enfrentamento de todos os problemas sociais, especialmente para aqueles de natureza econômica.

É necessário ter em vista que o Direito Penal é sempre deverá ser a *ultima ratio* na solução dos conflitos sociais. Não se pode buscar a solução de todos os problemas sociais e de todas as situações de injustiça por meio da aplicação da tutela penal.

Deve ser despertada na população essa reflexão, a fim de que o clamor social não seja equivocadamente utilizado pelo legislador como justificativa para a criminalização injustificada de condutas em nosso ordenamento jurídico, sob pena da ineficácia do Direito Penal na tutela dos bens jurídicos.

⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 28-29.

Feitas estas breves considerações, façamos a seguir uma breve análise acerca da estrutura típica do delito de evasão de divisas, tendo por objeto a figura descrita no artigo 22 da Lei nº 7.492/86, *in verbis*:

Art. 22. **Efetuar operação de câmbio não autorizada**, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, **promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior**, ou nele **mantiver depósitos não declarados** à repartição federal competente. (nossos grifos)

Conforme já mencionado, o núcleo do tipo é composto por três condutas típicas, quais sejam: (i) efetuar operação de câmbio não autorizada; (ii) promover, sem autorização legal, saída de moeda ou divisa para o exterior; e (iii) manter no exterior depósitos não declarados à repartição federal competente. Trata-se, portanto, de um crime de ação múltipla, pois a lei prevê mais de uma conduta para a caracterização do delito. No entanto, reiteramos que a realização de apenas uma conduta típica já é suficiente para a consumação do delito de evasão de divisas.

O bem jurídico tutelado pela norma é a proteção da política cambial brasileira.

Constitui elemento normativo do tipo penal a presença do dolo do agente, ou seja, a intenção de cometer o delito. A evasão de divisas é crime essencialmente doloso, que somente se consuma com a intenção do agente de produzir o resultado lesivo realizando os elementos do tipo penal. Vale ressaltar que na figura prevista no caput do artigo 22 é necessário além do dolo genérico no sentido de “efetuar operação de câmbio não autorizada”, o elemento subjetivo específico do tipo, ou seja, a finalidade especial do agente de “promover evasão de divisas do país”.

Por fim, pode ser sujeito ativo do crime de evasão de divisas qualquer pessoa física, independentemente de qualquer qualidade ou condição especial. Na figura prevista no caput do artigo 22 também responderão pelo delito o doleiro ou o beneficiário “que, em conjunto, efetuem operação de câmbio não autorizada com o fim de promover evasão de divisas do País”.⁵ Por sua vez, o sujeito passivo do crime será sempre o Estado, especificamente a União.

Estes são os elementos normativos constitutivos do tipo penal do delito de evasão de divisas. Vejamos a seguir, as definições doutrinárias para a natureza dos delitos quanto ao seu momento consumativo.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais. São Paulo: Saraiva, 2014. p.283.

4 DEFINIÇÕES DE CRIME INSTANTÂNEO E CRIME PERMANENTE

Acerca do momento consumativo, os crimes podem ser de natureza instantânea ou permanente. A doutrina defende ainda a existência de crimes instantâneos de efeitos permanentes. Vejamos as definições doutrinárias para estas modalidades de crime.

JULIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI assim lecionam:

Crime instantâneo é aquele que, uma vez consumado, está encerrado, a consumação não se prolonga. Isso não quer dizer que a ação seja rápida, mas que a consumação ocorre em determinado momento e não mais prossegue. O homicídio, por exemplo, consuma-se no momento da morte da vítima, pouco importando o tempo decorrido entre a ação e o resultado; no delito de lesões corporais, o crime consuma-se quando ocorre o ferimento ou a perturbação à saúde, no furto, a consumação dá-se com a subtração, ou seja, quando a vítima já não tem a posse da coisa etc.

Crime permanente existe quando a consumação se prolonga no tempo, dependente da ação do sujeito ativo. No sequestro ou cárcere privado (art. 148), por exemplo, a consumação se protraí durante todo o tempo em que a vítima fica privada de liberdade, a partir do momento em que foi arrebatada pelo agente, o que também ocorre no crime de extorsão mediante sequestro (art. 159) etc. Na violação de domicílio (art. 150), a consumação ocorre durante o tempo em que o agente se encontra na casa ou dependências da vítima contra sua vontade expressa ou tácita.

Crimes instantâneos de efeitos permanentes ocorrem quando, consumada a infração em dado momento, os efeitos permanecem, independentemente da vontade do sujeito ativo. (nossos grifos)⁶

A seu turno, GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

Os delitos instantâneos são aqueles cuja consumação se dá com uma única conduta e não produzem um resultado prolongado no tempo. Assim, ainda que a ação possa ser arrastada no tempo, o resultado é sempre instantâneo (ex.: homicídio, furto, roubo)

Os delitos permanentes são os que se consumam com uma única conduta, embora a situação antijurídica gerada se prolongue no tempo até quando queira o agente. Exemplo disso é o sequestro ou cárcere privado. Com a ação de tirar a liberdade da vítima, o delito está consumado, embora, enquanto esteja esta em cativeiro, por vontade do agente, continue o delito em franca realização. Outros exemplos: extorsão mediante sequestro, porte ilegal de arma e de substância entorpecente. (...)

O delito permanente admite prisão em flagrante enquanto não cessar a sua realização, além de não ser contada a prescrição até que finde a permanência.

Por outro lado, inserem-se na categoria de crimes instantâneos – e não em uma classe à parte- **os crimes instantâneos de efeitos permanentes, que nada**

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini e MIRABETE, Renato N. Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2009. p.115.

mais são do que os delitos instantâneos que têm a aparência de permanentes por causa do seu método de execução. A bigamia é exemplo disso. Ao contrair o segundo casamento, o agente torna-se bigamo, estado que perdura com o passar do tempo. Assim, parece ser um delito permanente, que continuaria a afrontar a instituição do casamento, mas, em verdade, é instantâneo. (nossos grifos)⁷

Por fim, GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA:

Crime instantâneo é aquele cujo momento consumativo não perdura no tempo, aperfeiçoando-se em um único instante, como o homicídio e o furto. Crime permanente é aquele cujo momento consumativo perdura no tempo, como no caso do sequestro.

Os crimes instantâneos podem, ainda, ser classificados como de efeitos permanentes e de efeitos não permanentes. Há crimes que, embora se consumem em fração de segundos, tem efeitos perenes e não controláveis pela vontade do agente, como o homicídio (...). (nossos grifos)⁸

Definir a natureza de um crime quanto ao seu resultado como instantânea ou permanente é fundamental para identificar seu o momento de consumação, e ainda, para delimitar o termo inicial da incidência do prazo prescricional.

Com base nas definições doutrinárias acima mencionadas podemos concluir sem muita dificuldade que o crime instantâneo é aquele que se consuma em um instante único, em um momento certo e determinado no qual se reúnem e se concretizam todos os elementos normativos do tipo penal, exatamente como dispõe o artigo 14, inciso I do Código Penal:

Art. 14 - Diz-se o crime:

Crime consumado

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal.

Exemplificando, tomemos por base o delito do homicídio simples, na forma do artigo 121, caput, do Código Penal. Estará consumado o delito quando ocorrer o evento morte. Seja qual for o mecanismo que causou o resultado, o delito somente estará consumado no exato instante em que a vítima vier a óbito. Trata-se, portanto, de crime instantâneo, na medida em que o bem jurídico tutelado é afetado em um momento determinado e específico.

No caso do crime de natureza permanente, o momento consumativo do delito se prolonga no tempo. Não há um instante específico no qual ocorra a consumação do delito, mas sim, um constante estado de consumação, uma vez que a consumação não se interrompe. Desta forma, a afetação do bem jurídico ocorre de forma prolongada no tempo nesta modalidade de delito.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral – parte especial. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.183-184.

⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.129.

Nos crimes permanentes, uma vez preenchidos os elementos constitutivos do tipo penal inicia-se o estado de consumação, que perdurará até que venha cessar a situação antijurídica. Exemplo clássico é o crime de sequestro. Neste delito, desde o instante em que a vítima é capturada inicia-se a consumação do delito que somente se encerra quando a vítima é resgatada.

Vale lembrar que nos crimes permanentes o estado antijurídico depende de uma conduta voluntária do sujeito ativo, que pode fazer cessar a permanência quando quiser. Ou seja, a consumação do delito cessa por vontade do sujeito ativo.

Há ainda uma terceira classificação doutrinária, a dos crimes instantâneos de efeitos permanentes. Nesta categoria de delitos a ação é instantânea e já está concluída e acabada, mas seus efeitos, ou seja, o resultado do crime perdura no tempo, daí porque se fala em crime instantâneo de efeitos permanentes. No item a seguir, veremos a natureza do delito de evasão de divisas.

5 EVASÃO DE DIVISAS: CRIME INSTANTÂNEO OU CRIME PERMANENTE?

Feita esta análise acerca da natureza do delito quanto ao seu momento consumativo, resta agora a tarefa de definirmos a natureza do crime de evasão de divisas como crime instantâneo ou permanente.

Considerando que tipo penal descrito no artigo 22 da Lei nº 9.749/86 é composto por três condutas distintas e considerando que cada uma destas modalidades possui suas próprias características, analisaremos cada uma de forma isolada.

Com relação à primeira modalidade do delito, qual seja, “efetuar operação de câmbio não autorizada com o fim de promover evasão de divisas do País”, por se tratar de crime formal, ou seja, que se consuma independentemente da efetiva saída de divisas do país, concluímos que se trata de crime instantâneo, que se consuma no exato momento da realização da operação de câmbio, desde que tenha a finalidade de enviar divisas para fora do País. Neste mesmo sentido, CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

*A conduta de efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País – caput do art. 22 -, caracteriza **crime formal que se consuma independentemente da efetiva saída de divisa**, sendo suficiente que a *operação de câmbio* tenha esse objetivo. Em outros termos, **consuma-se o crime com a simples realização da operação de câmbio desautorizada, não sendo necessário que os valores saiam efetivamente do País. A mera celebração do contrato de câmbio irregular***

consoma o crime, desde que tenha a finalidade de enviar as divisas para o exterior (...). Isso não quer dizer, contudo, que toda a realização de operação de câmbio já caracterize o crime, mas somente aquela operação em desconformidade com as normas cambiais, que tenha a finalidade de enviar, desautorizadamente, os valores ao exterior. (nossos grifos)⁹

Uma vez consumada a efetiva saída de divisas para o exterior, defendemos que teremos o mero exaurimento do delito e não o cometimento de uma nova figura delitiva.

Por sua vez, com relação à conduta de “promover, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior”, estamos diante de crime material, ou seja, que exige resultado naturalístico para sua consumação. Assim, o crime se consuma, nesta modalidade, no exato instante em que ocorrer a saída de moeda ou divisa para o exterior sem autorização legal. Uma vez verificada a saída de moeda ou divisa para o exterior tem-se por encerrada a ação típica.

Por fim, com relação à conduta de manter depósitos não declarados no exterior, entendemos que se trata de crime instantâneo com efeitos permanentes. Isto porque o sujeito ativo tem a obrigação de declarar os depósitos mantidos no exterior todo dia 31.12 de cada ano. Assim, sua consumação se dá a cada 31.12, quando o sujeito ativo deixa de declarar os depósitos mantidos no exterior. Nada obstante, em que pese a consumação imediata ocorrer no dia 31.12 de cada ano, seus efeitos são permanentes, pois a lesão ao bem jurídico tutelado estará ocorrendo permanentemente durante todo o período em que os depósitos não declarados forem mantidos no exterior.

Superada a definição acerca da natureza das condutas que integram o delito de evasão de divisas, é possível definir também o termo inicial para contagem do prazo prescricional.

A prescrição corresponde à perda do direito de punir o infrator da norma na qual incorre o Estado por não ter exercido o seu jus puniendi dentro do prazo fixado em lei. São duas as espécies de prescrição: a prescrição da pretensão punitiva, ou seja, a perda do direito de punir o infrator da norma, e a prescrição da pretensão executória, ou seja, a perda do direito de executar a sanção imposta ao condenado.

Para este estudo, analisaremos a prescrição da pretensão punitiva estatal regulada pela pena em abstrato cominada ao crime de evasão de divisas.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais. São Paulo: Saraiva, 2014. p.294.

O artigo 111 do Código Penal indica o termo inicial para contagem do prazo prescricional para os crimes instantâneos em seu inciso I e para os crimes permanentes em seu inciso III, vejamos:

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou;

(...)

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência.

Assim, com relação à primeira modalidade do delito, qual seja, “efetuar operação de câmbio não autorizada com o fim de promover evasão de divisas do País”, e com relação à conduta de “promover, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior”, considerando que são crimes instantâneos, para fins de cálculo da prescrição da pretensão punitiva estatal nestas modalidades de delito considera-se como termo a quo o dia em que o crime se consumou, ou seja, a data que ocorreu a operação de câmbio não autorizada com o fim de promover evasão de divisas do País no primeiro caso e a data em que ocorreu, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior.

Já com relação à conduta de manter depósitos não declarados, considerando que se trata de crime instantâneo apenas com efeitos permanentes, para fins de cálculo da prescrição da pretensão punitiva estatal nesta modalidade de delito considera-se como termo a quo o dia em que o crime se consumou, ou seja, a data que foram enviados depósitos ao exterior sem a devida declaração à repartição competente.

CONCLUSÃO

Conforme restou demonstrado, acerca do seu momento consumativo, os crimes podem ser de natureza instantânea ou permanente. A doutrina defende ainda a existência de uma terceira categoria, a dos crimes instantâneos de efeitos permanentes.

Nos crimes instantâneos, a ação delitiva se consuma no exato instante de sua prática, inexistindo uma prolongação da conduta no tempo. O resultado do crime ocorre em um único momento, certo e determinado, no qual ocorrem de forma simultânea todos os elementos do tipo penal. É o que ocorre, por exemplo, no homicídio, delito capitulado no artigo 121 do Código Penal. Uma vez ocorrido o evento morte, o crime está consumado e a ação encerrada no tempo e no espaço.

Por sua vez, nos crimes permanentes a consumação se prolonga no tempo, em razão da vontade do sujeito ativo, que pode a qualquer tempo fazer cessar a permanência do estado de consumação. Exemplo clássico é o sequestro, crime previsto no artigo 148 do Código Penal. Nesta modalidade de delito, a consumação se estende no tempo durante todo o período em que a vítima estiver privada de sua liberdade. Tão logo a vítima seja libertada, encerrada estará a consumação do delito.

Além disso, enquanto não cessar a permanência, não incide a prescrição, nos termos do que dispõe o artigo 111, inciso III do Código Penal¹⁰.

Por fim, há os crimes instantâneos de efeitos permanentes. Nesta categoria de delito, a ação é instantânea e a consumação da infração penal ocorre em um único instante, porém os efeitos da conduta delitiva se prolongam no tempo, independentemente da vontade do sujeito ativo do delito.

Definir a natureza de um crime como instantânea ou permanente é fundamental para identificar o momento da consumação do delito e ainda, para delimitar o termo inicial da incidência do prazo prescricional.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais**. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini e MIRABETE, Renato N. Fabbrini. **Manual de direito penal**. V. 1. Parte Geral, arts. 1º ao 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Parte geral – Parte especial. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Recebido em: novembro de 2018

¹⁰ Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (...) III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência.

Aprovado em: dezembro de 2018

Stephanie Carolyn Perez: stephanie_carolyn@hotmail.com

Thiago Bermudes de Freitas Guimarães:
tbermudes@gmail.com