

Leandro Bastos Nunes

EVASÃO DE DIVISAS



2017

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

EVASÃO DE DIVISAS

1. CONCEITO

Evasão de divisas é um crime contra o sistema financeiro nacional, por meio do qual o agente envia divisas ao exterior, sem declará-las à repartição federal competente, repercutindo, em regra, na ausência de pagamento dos tributos devidos.

Em suma, podemos dizer que a evasão cambial ou de divisas significa a remessa de divisas (que são as reservas monetárias) pelo Brasil ou por qualquer outro país. Se as reservas forem evadidas ilegalmente, será uma espécie de desfalque nos cofres públicos, mediante transações ardilosas (astúcias criminosas – operações simuladas com tal intuito). Em outras palavras, pode ser definida como uma transferência clandestina de divisas pertencentes a um país, ocasionando prejuízo à política econômica e cambial.

A evasão incide quando, de alguma forma, as reservas monetárias são remetidas ao exterior, geralmente para paraísos fiscais, em nome das pessoas físicas ou jurídicas ou, ainda, para empresas fantasmas constituídas em paraísos fiscais.

Empresa Fantasma é aquela que não existe de fato e seus proprietários apenas detêm um documento forjado, que atesta a sua existência, geralmente sediada em uma caixa postal ou no escritório de representantes estabelecidos no respectivo paraíso fiscal. Já a Reserva Monetária é o saldo em ouro, moedas estrangeiras e créditos internacionais existentes no Banco Central.

No Brasil, o crime de evasão de divisas é previsto no **art. 22 da Lei n. 7.492/1986**, que possui a seguinte redação:

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

Pena – Reclusão, de 2 a 6 anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisas para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente (BRASIL, 1986).

A competência para julgar esse tipo de delito é da **Justiça Federal** (art. 109 da Constituição Federal e art. 26 da Lei n. 7.492/1986).

Por outro lado, a nova redação do tipo penal de “evasão de divisas”, previsto no art. 366 do projeto do Código Penal, traz a seguinte estrutura em seu *caput*: “Fazer sair do País moeda, nacional ou estrangeira, ou qualquer outro meio de pagamento ou instrumento de giro de crédito, em desacordo com a legislação aplicável”. A pena cominada é de prisão, de dois a seis anos, tendo sido suprimida a pena acessória de multa. No parágrafo único, mantém-se a punição da conduta de quem, fora da hipótese do *caput*, *mantiver depósitos no exterior não declarados ao órgão federal competente*.

Como se nota, os limites objetivos do tipo trará maior clareza na interpretação das condutas incriminadas. Destarte, haverá apenas duas modalidades de evasão de divisas: a evasão propriamente dita, entendida como aquela operação de envio de quaisquer ativos ao exterior, em desacordo com as normativas editadas pelo BACEN; e a evasão na forma de manutenção de depósitos não declarados ao BACEN no exterior. Elimina-se, pois, toda a discussão envolvendo o conceito de “operação de câmbio não autorizada”.

2. AS CONTAS CC5

As famosas contas “CC5” foram assim chamadas por terem sido objeto da Carta Circular nº 5, de 1969, já revogada, que regulamentava o art. 57 do Decreto 55.762 de 1965. Seriam constituídas por contas em moeda nacional, mantidas no país por pessoas físicas ou jurídicas, domiciliadas no exterior, por meio das quais foram efetivadas diversas remessas de valores (com origem ilícita), que foram desvendadas na famigerada investigação do Banestado, na qual se destacou o procurador

da República Wladimir Aras à frente de uma força tarefa criada para desbaratar o respectivo “esquema” ilícito.

Inicialmente, as contas CC5 foram criadas para que estrangeiros que trabalhavam no Brasil enviassem seus rendimentos mensais para suas residências, em seus países de origem. No período da presidência de Fernando Henrique Cardoso, a utilização das contas foi subvertida e passou a ser um dos principais canais de lavagem de dinheiro, porquanto **não** seria mais necessário explicar o motivo do envio dos recursos.

Posteriormente, foi permitido que outras pessoas, desde que devidamente identificadas, depositassem nas CC5, a fim de que o dinheiro fosse sacado pelo titular no exterior, o que facilitou o envio de divisas para fora do país por um sistema que ficou conhecido no mercado como “barriga de aluguel”.

Com efeito, o esquema com o CC5 era feito normalmente com o uso de “laranjas”, pessoas que tem seu nome usado no intuito de desviar o dinheiro de outras pessoas.

Atualmente, porém, o brasileiro que quiser enviar dinheiro a outro país deverá fazer um contrato de câmbio com uma instituição financeira, que será devidamente registrada e identificada no Banco Central.

3. A SISTEMÁTICA DO DÓLAR CABO

O **dólar cabo** representa um sistema de intercâmbio entre doleiros, no intuito de propiciar a remessa clandestina (à margem da fiscalização do BACEN, e, portanto, sem qualquer registro no SIS-BACEN) de dinheiro ao exterior.

A definição mais didática e objetiva do referido intercâmbio clandestino de divisas encontra-se no sítio do “conteúdo jurídico”, assim disposto:

Dólar-Cabo – o Sistema Dólar-Cabo (Euro-Cabo) é uma expressão brasileira de um sistema antigo e mundial, alternativo e paralelo ao sistema bancário ou financeiro “tradicional”, de remessa de valores, por intermédio de um sistema de compensações, o qual tem por base a confiança. Podemos citar três espécies de operações típicas complementares bastante encontradas em investigações criminais: na primeira, um cliente entrega, em espécie ou por transferência bancária, reais a um “doleiro” no Brasil, o qual disponibiliza moeda

estrangeira equivalente, em taxa pré-ajustada, em favor do seu cliente, no exterior, em reais ou por transferência bancária; na segunda, o cliente recebe do “doleiro”, no Brasil, em reais, recursos em moeda estrangeira que mantinha no exterior e que disponibilizou lá fora ao “doleiro”; na terceira, o “doleiro” aproveita a existência simultânea de clientes nas duas posições anteriores e determina a troca de recursos entre esses clientes, no Brasil e no exterior, atuando como um “banco de compensações” (clearing), isto é, movimentando recursos sem que nada passe por contas de sua titularidade. Isso se torna mais complexo quando mais de um “doleiro” entram em ação emprestando entre si recursos, ou harmonizando clientes em posições opostas, numa mesma operação. Ao operar nesse sistema, é comum que o “doleiro” mantenha conta no exterior em nome de uma empresa off-shore por ele controlada. Sistemas semelhantes existem por todo o mundo, como o hawala na Índia, Paquistão e Irã, ou ainda o sistema chop, chit ou flying money, os quais, quando não são legítimos ou reconhecidos pelos países em que operados, são categorizados como underground banking. O dólar-cabo ou euro-cabo é um sistema muito procurado, no Brasil, para lavagem de ativos, uma vez que não existe um controle ou informação das Autoridades Públicas sobre as operações. A atuação de “doleiros” no sistema de dólar-cabo caracteriza vários crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e pode caracterizar lavagem de dinheiro (disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/dicionario-juridi-co,dolar-cabo,31148.html>).

4. OFFSHORE (PARAÍSO FISCAL)

É uma empresa criada em um paraíso fiscal no qual as leis dificultam a punição de crimes e a identificação do dono real da empresa. Embora possa ser utilizada para fins lícitos, é comum o seu uso para propósitos criminosos, caso em que funciona como uma empresa de fachada. Quando criada para fins ilícitos, a offshore será registrada em nome de “laranjas” do país em que é constituída, os quais outorgam procuração ao verdadeiro dono com amplos poderes de gestão da instituição de fachada. Esse verdadeiro dono pode ser, por exemplo, um agente público corrupto que, no momento seguinte, usará a offshore para abrir uma conta em algum outro país, onde esconderá o dinheiro sujo.

Embora constituída em um paraíso fiscal no exterior, essa empresa nunca desenvolve negócios reais no exterior, não possuindo, usualmente, mais do que uma caixa postal para o recebimento de correspondências. No caso Lava Jato, o uso fraudulento de offshores foi identificado. Descobriu-se, por exemplo, que funcionários da Petrobras abriram contas para receber propina, em vários países, as quais estavam em nome de empresas offshores. Doleiros, igualmente, usaram offshores para, em nome delas, esconder dinheiro sujo no exterior.

Para se entender o crime de evasão, faz-se mister trazer à colação a conceituação de *offshore*, uma vez que muitas das condutas são perpetradas por intermédio das denominadas contas *offshore*.

Denominam-se de *offshores* as contas bancárias e empresas abertas em paraísos fiscais, via de regra com o intuito de pagar menos impostos do que no país de origem dos seus proprietários. Como a grande maioria dos países que permitem a criação desse tipo de empresa anônima — ou a abertura desse tipo de contas bancárias anônimas — ficam em ilhas (tais como as Bermudas, Cayman *etc.*), por extensão de sentido, elas passaram a ser chamadas de *offshore*. Embora alguns países continentais, como o Grão-Ducado do Luxemburgo ou o Principado de Mônaco, as permitam, mas usando esquemas legais diferentes, os seus resultados são equivalentes. O termo vem da época dos corsários, que saqueavam os mares e depositavam a pilhagem offshore (que, em tradução livre, seria fora da costa).

Empresas *offshore* (*offshore company*) são entidades situadas fora do país de domicílio de seus proprietários e, portanto, não estão sujeitas ao regime legal vigente naquele país.

Igual fato ocorre com as contas bancárias *offshore*, que são, em regra, abertas em países de legislação de origem britânica, utilizando-se do conceito jurídico *Trust law*, originário da *common law* inglesa. Deriva do conceito islâmico de “*waqf*” e se refere a um contrato (*trust instrument* ou *deed of trust*), por meio do qual uma pessoa física ou jurídica detém a titularidade de um bem (intangível ou tangível), em benefício de outrem. Assim, nos países que adotam a *common law*, os *trustees* (isto é, aqueles que detêm o título de propriedade) são obrigados a manter e administrar a propriedade em benefício de outrem – que é o proprietário de fato. Tal expediente pode ser usado, portanto, quando

se pretende proteger ou ocultar a identidade do verdadeiro dono do negócio.

Nos países intitulados “**paraísos fiscais**” ou que permitem a operação desse tipo de *trusts* ou fundações, os bancos têm conhecimento apenas do nome dos *trustees* (ou seja, dos administradores ou procuradores) das contas ou dos gestores da fundação, ignorando completamente quem seria o real beneficiário do dinheiro depositado. Assim, ainda que haja determinação judicial, é impossível que tais instituições financeiras forneçam informações sobre quem são os proprietários do dinheiro depositado nessas contas, dificultando a delimitação da autoria do delito de evasão.

Relativamente às fraudes perpetradas por intermédio de sócios de empresas offshore, que instituem referida pessoa jurídica com a finalidade exclusiva de receber recursos no exterior, indaga-se acerca da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da offshore para fins de atingir a pessoa física do sócio.

Acerca do tema, manifestou-se o Juiz Federal Marcelo Costenaro Cavali:

Outro ponto a ser mencionado diz respeito à titularidade da conta mantida no exterior. No caso concreto, tratava-se de conta de investimento, mantida em banco em Miami(EUA) em nome de uma empresa offshore constituída nas Bahamas. A pessoa física titular efetiva (beneficiary owner) da offshore foi acusada da manutenção clandestina dos depósitos no exterior. A Res. CMN 3.854/2010, que regulamenta hoje, em termos gerais, a declaração de capitais brasileiros no exterior, atribui o dever de declaração às pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no país, assim conceituadas na legislação tributária (art. 1º, caput). Offshore sediada nas Bahamas, logicamente, não é uma pessoa jurídica domiciliada no Brasil. É depósito mantido em conta corrente por uma pessoa jurídica não pode ser confundido com depósito mantido pelo sócio- seja ele controlador ou não dessa pessoa jurídica, por seu instituidor ou beneficiário, nem por seu representante legal, administrador ou procurador. Considerou-se, no caso concreto, já no recebimento da denúncia, que a criação da empresa offshore no exterior, teve por finalidade exclusiva o recebimento de recursos no exterior, não importando, portanto, para fins de configuração do tipo do art. 22, parágrafo único, da Lei n.º 7.492/1986, o fato de a

conta bancária aberta para tal finalidade- recebimento de recursos no exterior- estar no nome da empresa, e não no dos denunciados (Inq. 2.245, Pleno, j. 28.08.2007, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 09.11.2007). **Embora, como dito, não se confundam as personalidades jurídicas da empresa offshore e de seus sócios, parece perfeitamente possível, que se aplique a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, quando houver abuso dessa diferenciação. Nesse caso, adverte a doutrina, se houver prova de fraude, violação à lei, contrato social ou estatutos, confusão patrimonial ou circunstância que demande a desconsideração da personalidade jurídica, em tese, surge para o responsável, seja ele sócio ou administrador, o dever de declarar às autoridades brasileiras competentes depósitos mantidos no exterior, como se fossem seus” Mas, nessa hipótese, a denúncia deve descrever a fraude e requerer a desconsideração da personalidade jurídica, não podendo simplesmente imputar a um sujeito o dever de declarar depósitos mantidos no exterior em conta corrente de titularidade de entidade offshore, pelo simples fato de aquele ser sócio, representante legal ou beneficiário desta (Cavali, Marcelo Costenaro, Exame do crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior na APN 470, Revista brasileira de ciências criminais, vol. 106/2014, p.231, jan./2014, DTr/2014/299).**

Em que pese o posicionamento do insigne magistrado, entendemos que **não** cabe ao Juiz Criminal proceder à desconsideração da personalidade jurídica, por vários motivos. Primeiramente, porque tal instituto não tem previsão na seara criminal, não podendo a lei penal ser alargada por analogia, porquanto totalmente distinta da esfera cível. Com efeito, no cível, prepondera o interesse privado, material, e no penal sobressai o interesse público, imaterial, relativamente ao direito estatal de punir os infratores e efetivar a ressocialização do criminoso.

Além disso, se fosse necessária a desconsideração da personalidade jurídica na seara penal, nos crimes tributários, os quais são perpetrados por sócios de empresas, dever-se-ia então proceder à desconsideração da personalidade jurídica das empresas, visto que, em alguns casos, são constituídas com a finalidade de sonegar, ou seja, preparadas de forma adrede para tanto.

Todavia, a jurisprudência pátria não exige a desconsideração da personalidade jurídica em crimes tributários; de fato, há empresas que são criadas com a finalidade de lavar e sonegar tributos.

Nesse sentido, os sócios de empresas sonegadoras de tributos mantêm contas-correntes em nome das pessoas jurídicas, onde são omitidos rendimentos tributáveis, no intuito de ludibriar o Fisco.

Com efeito, exigir a descrição da fraude e requerer a desconsideração da personalidade jurídica significa criar um requisito não previsto no tipo penal, obstaculizando o desbaratamento de organizações criminosas e pessoas que, com astúcia, instituem empresas *offshore*, no intuito de ocultar divisas ilegalmente mantidas em contas-correntes.

Além disso, aludido requisito esbarra no princípio da vedação da proteção insuficiente (ou deficiente), o qual preconiza a proibição de que bens jurídicos com relevância social sejam tutelados de maneira a ocasionar o seu respectivo esvaziamento ou descrédito por parte da população.

Com efeito, a legalidade não constitui garantia somente em prol do acusado (**garantismo negativo**), mas sim em prol da sociedade (**garantismo positivo**), a qual se vê “fragilizada”, ante a incidência de uma criminalidade organizada. Nesse ponto, o sentimento social de impunidade requer um combate eficaz aos crimes de colarinho branco, nos quais o indivíduo, em regra, detém amplos conhecimentos das ilicitudes, e utiliza-se de artifícios sorrateiros, velhacos, para driblar a incidência da figura típica penal.

No mesmo diapasão, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, instituiu, como objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade justa, solidária, e a garantia do incentivo ao desenvolvimento nacional. Ora, somente com uma eficaz proteção às reservas cambiais e um combate rigoroso às remessas clandestinas de divisas ao exterior, é que teremos a concretização dos objetivos propostos no artigo 3º da Lei Maior.

Como se não bastasse, nos casos de utilização fraudulenta de pessoa jurídica para fins de perpetração do ilícito de evasão, a autoria do fato pode ser delimitada, mediante a aplicação da teoria do domínio do fato, identificando o respectivo “senhor da situação” (em regra o sócio proprietário), isto é, aquele que detiver o controle do modo pelo qual a empresa efetivará a manutenção de depósitos clandestinos no exterior.

Com efeito, segundo GRECO, o domínio do fato se caracteriza da seguinte forma:

A teoria do domínio do fato é considerada objetivo-subjetiva. Aquele que realiza a conduta descrita no núcleo do tipo penal tem o poder de decidir se irá até o fim como plano criminoso, ou, em virtude de seu domínio do fato, isto é, em razão de ser o senhor de sua conduta, pode deixar de lado a empreitada criminoso. Para aqueles que adotam um conceito restritivo de autor, não haveria dúvida em reconhecer como autor aquele que viesse a executar a conduta descrita no tipo. Pode acontecer, contudo, que o agente, em vez de ser o autor executor, seja o “homem inteligente do grupo”, e a sua função esteja limitada a elucubrar o plano criminoso. A estratégia a ser assumida pelo grupo, a fim de praticar a infração penal, será de sua responsabilidade. Depois de confeccionar o plano, o mentor intelectual esgota a sua tarefa, pois que não é ágil suficiente para acompanhar o grupo, e os aguarda em seu esconderijo. Pode acontecer, também, que alguém seja um exímio motorista e, durante um assalto a uma agência bancária, tal agente fique encarregado de dirigir o automóvel, indispensável à fuga do grupo. Enfim, podem ocorrer inúmeras situações nas quais devemos distinguir quais são os autores e os partícipes. A teoria do domínio do fato, adotada por grande número de doutrinadores, resolve o problema com argumentos das teorias objetiva e subjetiva, acrescentando, ainda, um dado extremamente importante, qual seja, a chamada divisão de tarefas. Quando nos referimos ao domínio do fato, não estamos querendo dizer que o agente deve ter o poder de evitar a prática da infração penal a qualquer custo, mas, sim, que, com relação à parte do plano criminoso que lhe foi atribuída, sobre esta deverá ter o domínio funcional. O domínio será, portanto, sobre as funções que lhe foram confiadas e que têm uma importância fundamental no cometimento da infração penal (GRECO, p. 435).

Por seu turno, para ZAFFARONI e PIERANGELI:

Possui domínio do fato quem detém em suas mãos o curso, o “se” e o “como” do fato, podendo decidir preponderantemente a seu respeito; dito mais brevemente, o que tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato (SAMSON). Este critério exige sempre uma valoração que deve ser concretizada frente a cada tipo e a cada forma concreta de materializar uma conduta típica. Não pode ter fundamento em critérios puramente objetivos nem puramente subjetivos, mas abarca ambos os aspectos e requer uma concretização no caso efetivamente dado. Embora requiera uma

valoração concreta, o critério do domínio do fato, isto é, o critério segundo o qual é autor quem tem o domínio sobre a configuração central do fato, tem algumas consequências gerais que logo veremos. Não obstante, antes de abordá-las, devemos destacar que o critério do domínio do fato rege-se por aspectos tanto objetivos quanto subjetivos, posto que o senhorio do autor sobre o curso do fato é proporcionado tanto pela forma em que se desenvolve a causalidade em cada caso como pela direção que é imprimida a ela, não devendo ser confundida com o dolo, porque dolo também há na participação (o cúmplice e o instigador agem com dolo), sem que haja domínio do fato. As consequências que a seguir extrairemos do princípio servirão para aclarar o conceito (ZAFFARONI & PIERANGELI, p. 577).

Aplicando-se implicitamente e referida teoria, o TRF-3ª Região decidiu da seguinte forma:

PENAL – PROCESSUAL PENAL – CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – DECISÃO QUE RECONHECEU A ATIPICIDADE DA CONDUTA – MATERIALIDADE DELITIVA

– DEMONSTRAÇÃO – FORTES INDÍCIOS DE AUTORIA – EXISTÊNCIA – RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO AGENTE – PROVIMENTO DO RECURSO. 1. A acusada, na qualidade de procuradora da offshore NORTH STRIKE LTDA, de forma consciente e voluntária, realizou a abertura e manutenção de conta no Safra National Bank em Nova Iorque/EUA, mantendo recursos e realizando movimentações financeiras nesta conta no exterior, durante os anos de 2001 a 2005, em valores que chegaram ao montante aproximado de US\$ 61.000.000,00 (sessenta e um milhões de dólares americanos), sem declará-los às repartições federais competentes. 2. A denúncia aponta a conduta subsumida, em tese, ao crime de evasão de divisas, na modalidade de manter depósitos no exterior sem autorização das autoridades competentes. 3. A materialidade delitiva restou demonstrada por meio de extratos bancários da conta no Safra National Bank em Nova Iorque/USA, de titularidade da acusada mantida perante o Banco, representados nos Apensos 2 e 3 dos autos, referentes ao período de março de 2001 a fevereiro de 2005, mantidas, pois, nas épocas que não foram acobertadas pela prescrição e analisados por peritos que elaboraram o Laudo de Exame Financeiro de fls. 14/22 do apenso 1. 4. As informações