

Opinião: Da retroatividade da Resolução nº 3.854 do CMN

17/08/2020

Caso concreto: o ordenamento jurídico determina que todos que tenham mais de US\$ 100 mil no exterior devem declará-los ao Banco Central do Brasil, sob pena de uma ação penal. O sujeito X, em 31 de dezembro de 2019, tem US\$ 150 mil não declarados. Em julho de 2020, o Conselho Monetário Nacional altera o valor mínimo da declaração necessária para US\$ 1 milhão. Em setembro, a inteligência fiscal descobre a ardilosa ocultação do sujeito X. Pergunta: X deve estar sujeito a uma pena entre dois e seis anos de reclusão?



O Conselho Monetário Nacional (CMN) aumentou, no

último dia 30 de julho, o valor mínimo para a exigência de declaração de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE) [1]. O piso para a obrigatoriedade da declaração anual de CBE permanecia fixo, em valores nominais, desde 2004, em US\$ 100 mil [2]. O piso passa a ser de US\$ 1 milhão.

Dois são os questionamentos práticos que surgem dessa alteração. De início, questionam-se as consequências jurídico-penais para aquele que deixa de declarar capitais no exterior em valor superior ao piso estabelecido. Questiona-se, assim, a própria tipicidade ínsita à prática de não declarar esses recursos. Por fim, questiona-se a situação jurídica de quem, antes da nova base, já se havia omitido em declará-los. Discussão, portanto, sobre a existência de um injusto penal e sobre a intertemporalidade do complemento de uma normal penal em branco.

É certo que, de acordo com a legislação vigente, não declarar capitais mantidos no exterior, acima do piso estipulado pelo CMN, representa um injusto penal. A conduta encontra adequação no suporte fático do artigo 22, parágrafo único, segunda parte, da Lei nº 7.492/1986, que prevê o tipo autônomo de manutenção de capitais no exterior não declarados à repartição federal competente [3]. Essa discussão foi um dos objetos da Ação Penal 470, ocasião em que um dos denunciados foi absolvido, tendo restado comprovado que no dia 31 de dezembro de 2003 mantinha em depósito valores inferiores ao determinado na circular do Banco Central.

A discussão sobre a tipicidade ou não da conduta considerada em si mesmo não é, no entanto, o aspecto mais interessante do debate [4]. A discussão mais sensível, aqui, é sobre a situação jurídica de quem, antes da nova resolução, mantinha, sem declarar à repartição federal competente, capitais no exterior em valores superiores a US\$ 100 mil, porém inferiores a US\$ 1 milhão. Estariam à margem da tipicidade diante do surgimento de um cenário mais benéfico? Teria havido *abolio criminis*?

O *xis* da questão, por conseguinte, é a própria natureza dos efeitos jurídicos da alteração do complemento da norma penal em branco. Assim, a lei que define os crimes contra o sistema financeiro nacional prevê, na segunda parte do parágrafo único do artigo 22, a própria existência do delito de evasão de divisas, na modalidade imprópria (em atendimento ao princípio da legalidade). Sua conformação, à guisa do que ocorre com o conceito de substância entorpecente, não é dada pela própria lei penal. Em específico, é o CMN, por meio de resolução e, portanto, administrativamente, que altera o valor mínimo da declaração necessária.

Por outro lado, diferentemente do que ocorre com a lista de substâncias entorpecentes, o complemento da norma penal extraível da segunda parte do parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 7.492/1986 é quantitativo, e não qualitativo. Essa diferenciação é justamente o que define qual será o efeito da alteração do complemento. O STF, por exemplo, verificando a natureza qualitativa da lista de substâncias entorpecentes, reconheceu a ocorrência de *abolitio criminis* do porte de cloreto de etílico nos anos 2000 (a substância ficou oito dias fora da lista, o que foi suficiente para gerar a *abolitio criminis* em relação a todas as condutas que já haviam sido consumadas).

No caso dos complementos quantitativos, costuma-se afirmar que sua alteração não gera os efeitos comuns à alteração benéfica do complemento qualitativo. Os efeitos seriam os mesmos dos gerados pelo escoamento da vigência da lei temporária. Assim, as condutas havidas ao tempo de vigência da lei temporária e, em específico, dos parâmetros estabelecidos pelo complemento quantitativo da norma penal em branco, seriam punidas conforme o *tempus regit actum* (ultratividade).

Essa orientação está incompleta e precisa ser revista.

Esse entendimento pode gerar, definitivamente, algumas injustiças. Vamos às premissas: 1) o sujeito X, em 31 de dezembro de 2019, tem US\$ 150 mil não declarados ao Banco Central; 2) o CNM, nesta data, determina que todos que tenham mais de US\$ 100 mil devem declará-los; 3) O CNM, em julho de 2020, altera o valor mínimo e agora apenas aqueles que tenham mais de US\$ 1 milhão devem declará-los; 4) no mês de setembro de 2020, a inteligência descobre essa ocultação patrimonial o sujeito X, que tinha US\$ 150 mil.

Seria mesmo pertinente que o Estado movesse todo seu aparato penal para perseguir uma conduta que, à luz do seu próprio ordenamento, já não representa mais qualquer relevância típica? Ou mais: seria razoável que o Estado continuasse a punir todos aqueles que deixaram de declarar CBE em valores superiores a US\$ 100 mil, porém inferiores a US\$ 1 milhão?

É por isso que parece razoável estabelecer uma diferenciação dos próprios complementos de natureza quantitativa, subdividindo-os, a fim de que não se perca a coerência dogmática e de

que se mantenha a função penal de proteger bens jurídicos indispensáveis.

Com efeito, há complementos de natureza quantitativa que se pretendem atemporais e complementos de natureza quantitativa que se pretendem temporais, que se prendem a um contexto fático. Assim, quem, nos idos anos 1986, não seguiu o tabelamento determinado pela Superintendência Nacional de Abastecimento e Preços, realizava conduta típica contra a economia popular, independentemente ou não de os valores tabelados sofrerem alteração para maior. O complemento, aqui, quantitativo, era evidentemente temporal e buscava resolver uma situação específica no tempo.

O complemento da segunda parte do parágrafo único artigo 22 da Lei nº 7.492/199 não se pretende, no entanto, limitado no tempo, sendo, pois, atemporal. É, sim, um complemento quantitativo, mas não é um complemento que pretende resolver um problema específico no tempo. A não declaração de determinada quantia de CBE não se vincula a uma necessidade quantitativa de época, mas a uma necessidade geral de proibição com base em um *quantum* que mais satisfaz a critérios qualitativos do que a quantitativos.

O fato de o valor-piso ter sido alterado não faz com que o presente argumento se perca; não é, assim, a "modificabilidade" do *quantum* que define a sua natureza temporária. É o seu próprio compromisso político criminal. O *quantum* agora estabelecido não o foi com a já expectativa de que futuramente irá mudar.

Justamente por isso é que o complemento quantitativo das leis penais em branco precisa ser considerado em seu compromisso temporal: quando buscar resolver problemas específicos no tempo, seguirá a regra da ultratividade; quando buscar estabelecer um *quantum* atemporal, seguirá a regra benéfica prevista no artigo 2º do Código Penal.

Assim, respondendo ao caso concreto que abre este artigo, identifica-se a superveniente ausência de crime daquele que deixou de declarar valores superiores a US\$ 100 mil, porém inferiores a US\$ 1 milhão. Tão por isso, enuncia-se a necessidade do seguinte enunciado dogmático: o complemento quantitativo atemporal de um tipo penal incriminador deve seguir a regra da retroatividade mais benéfica, razão pela qual tornou-se atípica a conduta de deixar de declarar valores inferiores àqueles previstos na mencionada resolução, inclusive de forma retroativa.

[1] V. a íntegra da resolução em <

<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20C>
>, Acesso em 5 de agosto de 2020.

[2] V. a íntegra da resolução em <

<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/At>
>, Acesso em 5 de agosto de 2020.



[3] A repartição federal competente é o Banco Central. Parte da doutrina fala que seriam o Banco Central e a Receita Federal. Sobre isso, cf. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 728-729.

[4] Não há muitas discussões sobre a constitucionalidade do tipo em questão, uma vez que este não viola o direito de propriedade ou de locomoção de capitais, nos termos do inciso XV do artigo 5º da CF.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-ago-17/foppel-mangabeira-complemento-temporal-atemporal/>