

Renato de Mello Jorge Silveira
Eduardo Saad-Diniz



REPATRIAÇÃO E CRIME

Aspectos do binômio crise econômica e direito penal

 editora
D'PLÁCIDO

Renato de Mello Jorge Szwarc
Eduardo Saad Diniz

REPATRIAÇÃO E CRIME

Aspectos do binômio crise econômica e direito penal



Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Renato de Mello Jorge Silveira.
Copyright © 2017, Eduardo Saad-Diniz.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Leticia Robini de Souza

Diagramação
Christiane Morais de Oliveira

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização
prévia do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo
Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal
-- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-619-8

1. Direito. 2. Direito penal I. Título.

CDU343

CDD341.5

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
--------------------	----

PRIMEIRA PARTE

CRISE ECONÔMICA E REFLEXOS PENAIS:

LEIS PENAIS EM BRANCO, COMPLIANCE FISCAL E REGULARIZAÇÃO DE ATIVOS	17
Introdução.....	17
1. Uma necessária neo-percepção de Direito Penal Econômico.....	20
1.1. Momentos de crise e a aparente expansão do fenômeno de imputação.....	28
1.2. Perspectivas penais econômicas: Direito Penal Econômico em sentido lato e em sentido estrito.....	37
1.3. A conflituosa questão do bem jurídico tutelado.....	45
2. Efeitos expansivos penais econômicos: diferentes chaves de leitura.....	52
2.1. Direito Penal supraindividual: criação de tipos penais.....	53
2.2. Influências econômicas do Direito Penal e novos institutos.....	56
2.3. Direito Penal e crise: leitura ampliativa e arrecadatória.....	64
3. Crise, Direito Penal e a vinculação a leis penais incompletas.....	81
3.1. A lógica das normas penais em branco.....	90

3.2. Acessoriedade administrativa e normas penais em branco.....	97
3.3. A superação da divisão estática das instâncias penal e administrativa.....	111
3.4. O novo foco do problema: as previsões legais brasileiras sobre regularização de ativos.....	117
3.4.1. Aspectos da previsão normativa.....	119
3.4.2. Acessoriedade e erro.....	124
4. Primeiras conclusões.....	130
Bibliografia.....	132

SEGUNDA PARTE

REPATRIAÇÃO E ANISTIA:

CONSIDERAÇÕES CRIMINAIS SOBRE A PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES (DISCLOSURE) EM ÂMBITO DE TAX COMPLIANCE.....	151
Introdução.....	151
1. A particular situação do FATCA e a regularização de valores.....	155
1.1. OCDE, BEPS e FATCA: novas fontes penais.....	157
1.2. A questão da criminalização da evasão de divisas.....	165
1.3. A premissa fundamental da acessoriedade administrativa.....	169
1.4. A proposta de regularização de valores e a necessidade da veracidade das informações.....	172
1.4.1. A Lei nº 13.254/2016 e a Lei nº 13.428/2017.....	172
1.4.2. A ideia de verdade da <i>voluntary disclosure</i> e os limites da investigação criminal.....	178
1.4.3. O risco penal dos declarantes.....	182
2. A ideia de informação no Direito Penal.....	188
2.1. Noções tradicionais.....	189
2.2. Uma vez mais, a administrativização do Direito Penal e a obrigatória vinculação à acessoriedade administrativa.....	190

2.3. As noções de <i>voluntary disclosure</i> e um novo começo: o referencial de garantia.....	194
2.3.1. Princípio de veracidade.....	198
2.3.2. Princípio de lealdade.....	201
2.3.3. Princípio de confiança.....	202
3. Novas percepções da informação como elementar penal.....	207
3.1. Exemplos clássicos na legislação especial.....	208
3.1.1. As informações na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e na tutela da Ordem Tributária.....	209
3.1.2. As informações e o Mercado de Valores.....	209
3.2. Um modelo falho: a MP 685/2015.....	213
3.3. RERCT e os mercados paralelos: a questão <i>bitcoin</i>	215
3.4. A institucionalização das obrigações tributárias e os deveres positivos: o entendimento de Jakobs e Roxin.....	227
3.5. A transação das informações entre o privado e o público: a natureza da extinção de punibilidade.....	232
4. O referencial de falha sistêmica e outra justificativa de mudanças: o caso <i>Swissleaks</i>	240
4.1. O caso <i>Swissleaks</i>	240
4.2. O questionamento da validade das informações e o ambiente do escândalo.....	244
4.3. As possibilidades e impossibilidades de imputação penal ao denunciante: a similitude entre o <i>whistleblower</i> e o <i>voluntary discloser</i>	254
5. Conclusões.....	257
Bibliografia.....	259

TERCEIRA PARTE

REPATRIAÇÃO E REGULAÇÃO PENAL ECONÔMICA: OS NOVOS PARÂMETROS DE CONTROLE.....	277
---	-----

Introdução.....	277
1. A conceituação dos diálogos dos novos parâmetros.....	278
2. Tributação, controle e prevenção.....	282
3. Repercussões na política criminal econômica.....	290
3.1. Interação funcional entre política- criminal e política-fiscal.....	293
3.2. A estrutura normativa da Lei nº 13.254/2016.....	298
3.3. A voluntariedade da declaração: a “verdade construída”.....	304
4. Sigilo e os centros <i>offshore</i>	312
5. O problema penal no RERCT 2.....	320
5.1. Lavagem de dinheiro.....	321
5.2. Evasão de divisas.....	325
5.3. Questões de <i>compliance</i>	327
5.4. A especificidade dos programas de <i>tax compliance</i> e o FATCA.....	330
Bibliografia.....	333

TERCEIRA PARTE

REPATRIAÇÃO E REGULAÇÃO PENAL ECONÔMICA:

Os novos parâmetros de controle

*Renato de Mello Jorge Silveira
Eduardo Saad-Diniz*

INTRODUÇÃO

Um dos assuntos mais tormentosos dos anos 2016 e 2017 se mostra como a questão penal envolvendo a repatriação de capitais. Suas nuances são múltiplas, mas, na verdade, as suas noções se aproximam, em muito, das próprias noções de regulação. Apesar de, a princípio, poderem ser imaginadas como situações estantes, elas guardam uma vizinhança conceitual bastante sintomática.

Tal situação somente pode ser compreendida caso se entenda aspectos da repatriação para além de uma sua utilidade arrecadatória. Esta, apesar de inequivocamente ser presente, parece ser uma nuance do leque de utilidades a ser verificado.

O propósito do presente ensaio é evidenciar como, de forma paralela, a lógica da repatriação acaba por se enquadrar na racionalidade regulatória dos dinheiros não declarados no exterior. Assim, considerações como controle do trânsito monetário, filtros anticorrupcionais e antiterror, por igual, devem ser levados em conta, para além das avaliações puramente atinentes a aspectos atinentes aos crimes de evasão de divisas e lavagem de dinheiro.

A capacidade de rendimento das normas relativas à repatriação de capitais vai, mesmo, além de questões atuais. Impõe, no entanto, avaliar como se pode redimensionar expectativas regulatórias a partir de direitos que são postos aos declarantes. Isso, em certa medida tem sido feito no que diz respeito à restrição, limitação e quase extinção de paraísos fiscais. Há de se imaginar, no entanto, se seria válido em

leque amplo, até porque as eventuais declarações, voluntárias em alguma medida, deram-se imaginando uma certa lealdade por parte do Estado. A dúvida, uma vez mais, diz respeito a que lealdade seria ou poderia ser esperada.

1. A CONCEITUAÇÃO DOS DIÁLOGOS DOS NOVOS PARÂMETROS

Como já se observou alongadamente em momentos anteriores, é de se ver que, na última década, o Direito Penal Econômico experimentou extraordinárias modificações estruturais. Isso se dá a tal ponto que já se discutem os próprios pressupostos do que poderia ser uma dogmática jurídico-penal especializada (*Sonderstrafrechtsdogmatik*),⁴⁴⁸ assumindo-se uma alegada nova e promissora função de integração⁴⁴⁹ dos mercados. Com efeito, e de modo geral, os padrões da dogmática nuclear têm evidenciado uma performance insatisfatória frente à dinâmica da própria sociedade de mercado. A principal demanda, fortemente inspirada pela economia da informação⁴⁵⁰ (intensificação

⁴⁴⁸ No contexto da crise financeira, Michael Kubiciel problematiza a questão da “dogmática especializada” a partir da noção de “delito econômico político”, tal qual formulado por Wolfgang Naucke (*Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraf*). Kubiciel reconhece a necessidade de revisão dos elementos próprios de um direito penal econômico bancário, impondo-se os limites de legitimação da pena, KUBICIEL, Michael. Die Finanzmarktkrise zwischen Wirtschaftsstrafrecht und politischem Strafrecht. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2013, pp. 53 e ss. Jochen Bung, em contundente crítica a Naucke, reconhece o protagonismo das corporações, que podem vulnerar liberdades pessoais tanto ou mais do que os Estados, demandando que a constituição de ordenação global esteja estruturada a partir da horizontalidade dos direitos fundamentais e direitos humanos, com regras precisas de imputação, proteção de liberdades individuais e instituições, BUNG, Jochen. Nauckes Narrative: Politisches Wirtschaftsstrafrecht statt Wirtschaftsvölkerstrafrecht? In: JESSBERGER, Florian. *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 143.

⁴⁴⁹ As principais características do “atual direito penal econômico” podem ser encontradas em TIEDEMANN, Klaus, TIEDEMANN, Klaus. Zur Kultur der Unternehmensstrafbarkeit. In: QUELOS, N. (org) *Droit penal et diversité's culturelles: Festschrift für José Hurtado Pozo*. Basel: Schulthess, 2012, p. 495 ss.; também em TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto. Lima: Grijley, 2009, pp. 187 e ss.

⁴⁵⁰ STIGLITZ, Joseph. The contributions of the economics of information to twentieth century economics. *The Quarterly Journal of Economics*, 115/2000,

do fluxo internacional de valores e pessoas, mediada pela – não menos extraordinária – capacidade autorregulatória do mundo corporativo), parece ser a garantia da segurança negocial e a confiança na alocação dos recursos, o que faz real eco na diferenciação das formas jurídicas do Direito Penal Econômico. Justamente aqui, um dos pontos a serem levados em conta em uma nova percepção penal econômica.

Conceitualmente, tem-se que os padrões tradicionais de estruturação normativa da sociedade⁴⁵¹ podem ser submetidos à revisão dos seus fundamentos, movendo-se para a configuração de uma sociedade econômica que busca segurança negocial. Aparentemente, não apenas há uma redistribuição das liberdades econômicas, mas também se observa o deslocamento de deveres de colaboração com o Estado⁴⁵² “já no âmbito privado”.⁴⁵³ Essas transformações de fundo, antecipam um verdadeiro juízo da punibilidade das condutas, tensionando, a seu modo, a concepção convencional do exclusivo monopólio do Estado em estabelecer o punível e o não-punível, bem como as

p. 1441-1487. Dentre os penalistas, destacam-se as análises de Joachim Vogel sobre a configuração de um “novo Direito Penal Econômico”, VOGEL, Joachim. “Wertpapierhandelsstrafrecht. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org). *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag 26. Juli 2007*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 2007, p. 407 e ss. A análise do impacto dos regimes de informação no Direito Penal, acolhendo a interpretação de Vogel, pode ser encontrada em SAAD-DINIZ, Eduardo. *Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1/2013, pp. 415 e ss.

⁴⁵¹ JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2012, p. 14.

⁴⁵² É bem delicada, no entanto, a transição de elementos da dogmática alemã clássica ao campo dos deveres de colaboração no âmbito empresarial (KUBICIEL, nota 1). A incrível sofisticação dos deveres de colaboração (*Mitwirkungspflicht*) e da estrutura do delito orientada pela teoria da infração do dever (“sustentável apenas sob a perspectiva da condição de liberdade (pessoal)” e colaboração para a constituição do ordenamento existente da liberdade, PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 90) nem sempre converge com a sofisticada dinâmica do ambiente empresarial. A confrontação entre as liberdades pessoais e as liberdades econômicas cuida de uma extraordinária agenda de pesquisa, dependente da verificação em cada um dos campos específicos.

⁴⁵³ ROTSCHE, Thomas. *Criminal compliance*. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 10/2010, pp. 615 e ss.

determinantes da sanção penal. Em últimas consequências, o Direito Penal Econômico tem experimentado, com certa velocidade (e algum atropelo) uma transição de paradigmas. Ao menos em tese, pode-se dizer, mesmo, que substituem-se as formas (unicamente) positivistas de coerção para as de (também) cooperação.

A observação sociológica colocada atende a descrições muito semelhantes quando se especifica a vertente do que comumente se entende por Direito Penal Tributário (ainda que, aqui, tudo possa ser visto dentro de um escopo penal econômico). Particularmente, o exercício de sociologia fiscal permite uma análise dos regimes fiscais e de suas repercussões na forma como se operacionaliza o sistema de arrecadação e o uso dos instrumentos jurídicos, especialmente no que diz respeito ao estudo dos arranjos institucionais e da política arrecadatória. No Brasil, uma base mais sólida a este respeito poderia contribuir bastante para compreender a complexidade e certa irracionalidade com que é manejado emprego de práticas sancionadoras para acomodar a questão tributária, além de desafios para a implementação práticas de incentivos e colaboração com o Fisco gerados pelas próprias instituições.

As manifestações da cooperação no ordenamento têm, a seu modo, evidenciado duas variantes distintas. De um lado, por meio de iniciativas de melhoria do fluxo de informações, valendo-se de aperfeiçoamento da cultura organizacional e, ao menos em tese, melhoria do ambiente ético na condução da gestão pública e no setor privado.⁴⁵⁴ Por outro, têm sido empregadas na condução de respostas

⁴⁵⁴ Tem-se criticado, no entanto, que “(...) a partir de maior interação com as diretrizes de governança regulatória, com maior capacidade de comunicação entre os sistemas econômico, político e jurídico, as avaliações de risco permitem verificar a intensidade e a efetividade de sua aplicação no setor público ou de sua incorporação no âmbito das organizações. A importância destas avaliações consiste na possibilidade de racionalização e controle – mitigação – dos efeitos negativos das falhas de governança regulatória. A pesquisa em análise de risco e geração de negócio atingiu níveis ainda bem pouco explorados no Brasil sobre a natureza e probabilidades da estimativa de risco, melhores padrões de segurança da informação e proteção da privacidade dos dados (*data privacy*). A apropriação destes desenvolvimentos torna-se essencial para aperfeiçoamento da performance institucional, na linha da *best choice using available resources*. Falta ainda à agenda de pesquisa em *compliance* delimitar mais precisamente os contornos das formas de interação e cooperação entre Estado, empresas e os indivíduos (no que se

conjunturais, conduzidas como mecanismo de reação à crise. Tanto em uma, como em outra, apesar do incremento das estratégias de rastreamento e detecção das infrações econômicas,⁴⁵⁵ muito ainda está por ser feito para superar os problemas de *law enforcement*, e, também, da leitura superficial de custos e benefícios (e, claro, da porosidade do sistema de sanções). Por outro lado, no Direito Penal Econômico, a cifra oculta e os déficits nas investigações encontram, no sigilo fiscal, um real entrave, que, necessariamente, deve ser resolvido. A interpretação (distorcida ou não) do papel do sigilo na economia da informação não apenas pode obstruir acesso a elementos convincentes de prova, mas, também, provocar reações institucionais, especialmente dos órgãos fiscalizadores, que vulneram direitos fundamentais, acarretando consequências danosas e irreversíveis.

Reuven Avi-Yonah, autor que desfruta de amplo reconhecimento nos estudos sobre os impactos da tributação na sociedade econômica, analisa de forma percuciente o fato de que seria preciso dimensionar, com universalidade, a política arrecadatória, assumindo as articulações institucionais com o setor privado e as agências internacionais. Segundo sua concepção, com base na interpretação da dinâmica dos custos da competição internacional,⁴⁵⁶ ter-se-ia, para alcançar a solvência doméstica, e atingir maior consistência em investimentos externos, que é preciso muito mais do que incentivos fiscais,⁴⁵⁷ o que, a seu

convencionou "autorregulação regulada"), promovendo tanto o desenvolvimento de competências no âmbito das organizações para superar os baixos níveis de percepção moral da sociedade brasileira quanto a capacitação para a observância das normas". SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance culture* e dilemas da cultura organizacional: avaliação da experiência brasileira e possibilidades de integração científica com a Itália. In: AMARAL, Claudio do Prado (org). *Convegno corruzione e sistema penale integrato* (no prelo).

⁴⁵⁵ Pelos mesmos motivos, Tiedemann também assume a posição de um dos principais críticos da interpretação absoluta do sigilo fiscal, TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*. Köln: Karl Heymanns, 2004, pp. 73 e ss.

⁴⁵⁶ Desde os já clássicos estudos, ENRICH, Peter D. Saving the States from Themselves: Commerce Clause Constraints on State Tax Incentives for Business. *Harvard Law Review* 377/1996, pp. 389 e ss.

⁴⁵⁷ "All the evidence points to a single conclusion: state tax incentives are a thoroughly unproven tool for promoting economic development", AVI-YONAH,

tempo, levaria à resolução do problema da alocação de recursos.⁴⁵⁸ Tal situação, bem parece se adequar ao caso da Lei de Repatriação brasileira, tendo-se em conta, assim, que suas premissas não deveriam ser (apenas) arrecadatórias.

De todo modo, a oportunidade trazida pela Lei nacional decorre da percepção do acúmulo de vultosa quantidade de capital brasileiro no exterior, exigindo uma radical tomada de posição situada em contexto de necessidade de intervenção, o que inicialmente evidenciou a veia arrecadatória da norma. A dúvida é se existe algo para além dela. Em função deste contexto é que se geram as expectativas de aplicação da nova Lei, sobretudo no que diz respeito aos possíveis problemas derivados da interação funcional entre a política fiscal de necessidade de repatriação de recursos lícitos no exterior, e a política criminal, a qual, alegadamente, não pode deixar de re-provar os recursos provenientes de determinadas atividades ilícitas não levadas ao conhecimento do Fisco. Desse quadro conceitual é que aparentemente se espera interpretar a citada Lei, enaltecendo o comportamento colaborativo e a autenticidade na composição do conteúdo das declarações.

2. TRIBUTAÇÃO, CONTROLE E PREVENÇÃO

Particularmente nos últimos anos, os estudos de governança fiscal têm se ocupado da insegurança negocial trazidas por questões tributárias. A observação do fluxo de informações mostra-se sensivelmente influenciada por questões de sigilo fiscal e contextos de injustiça fiscal, cuja danosidade, em princípio, afeta a real capacidade arrecadatória (e, portanto, distributiva) do próprio Estado. Além da

Reuven. Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State. *Harvard Law Review*. 1999-2000, pp. 1575 e ss.

⁴⁵⁸ A observação do comportamento fiscal nos movimentos de política fiscal e suas repercussões na análise de impacto regulatório e gestão empresarial remonta a algumas décadas de literatura especializada, a exemplo de HINES Jr., James R. Lessons From Behavioral Responses to International Taxation. *National Tax Journal* 305/1999. BOND, Eric. Tax Holidays and Industry Behavior. *The Review of Economics and Statistics*, 63/1988; para um estudo sistemático da matéria, AVI-YONAH, Reuven. *International tax as international law: an analyses of the international tax regime*. Cambridge: Cambridge Press, 2007, p. 2 e ss.

tributação, os mecanismos de controle do sigilo condicionam, também, a distribuição de liberdades pessoais e a verificação de direitos fundamentais em cada uma das relações jurídicas envolvendo a declaração tributários e suas possíveis consequências penais.

A injustiça fiscal inscreve o planejamento tributário agressivo no epicentro da governança fiscal, e, mesmo, em termos globais. De se destacar que Christopher Armstrong, em crítica incisiva, apela para o fato de que as estruturas de governança corporativa são utilizadas como verdadeiro “incentivo à evasão fiscal”, na medida em que a redução do risco fiscal gerada pela boa governança coloca à disposição, dos acionistas, opções mais confortáveis de evasão fiscal.⁴⁵⁹ Isso, para não mencionar os vínculos ainda bastante incertos com supostas associações criminosas e com um alegado financiamento ao terrorismo transnacional, além de relações incestuosas entre os paraísos fiscais e variadas modalidades de crimes. Essas poderiam ser vistas como as formas de sonegação, evasão de divisas e lavagem de dinheiro, e, mesmo, de certa responsabilidade das corporações,⁴⁶⁰ o que esse mostraria como um capítulo ainda a ser descortinando na pretensa regulação do poder das finanças e aval e cumplicidade dos governos.

As clássicas interpretações da sociologia econômica articuladas, entre outros, por Richard Swedberg, seguem oferecendo diretrizes indispensáveis para análise das instituições.⁴⁶¹ Isso se dá, especialmente,

⁴⁵⁹ ARMSTRONG, Christopher *et al.* Corporate governance, incentives, and tax avoidance. *Journal of Accounting and Economics*, 136-2015, pp. 1 e ss.

⁴⁶⁰ Cf., <http://nuso.org/articulo/gaidoni-la-evasion-fiscal-de-las-empresas-transnacionales-es-una-violacion-de-los-derechos-humanos/>; <https://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2017/jan/14/aid-in-reverse-how-poor-countries-develop-rich-countries>. Gregg Barak acentua a atuação de grandes multinacionais (Google, Apple, Amazon, “as gigantes que não pagam impostos”) na “rotinização” da sonegação e evasão fiscal, apontando o elevando nível de cumplicidade dos atores locais, já que sempre haverá países que fixem menos impostos e exijam menos regras. BARAK, Gregg. *Unchecked Corporate Power: why the crimes of multinational corporations are routinized away and what we can do about it (crimes of the powerful)*. London: Routledge, 2017, pp. 3 e ss.; pp. 69 e ss.

⁴⁶¹ SWEDBERG, Richard. The economic sociology of capitalism: an introduction and agenda. In: NEE, Victor; SWEDBERG, Richard (org). *The Economic sociology of capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2005, pp. 3 e ss.

no que diz respeito ao uso de instrumentos jurídicos como instituição planificadora e exercício do controle de direitos de propriedade. Interessante notar que, sobretudo a partir das observações de John Campbell, a sociologia fiscal passa a identificar, na política fiscal, a compreensão e desenvolvimento da sociedade econômica.⁴⁶² Aqui, pontuações um tanto diversas.

Na verdade, o descontrole da tributação impacta, muito sensivelmente, na própria liberalização dos mercados, com fluxos de capital agressivos que comprometem não apenas estabilidade das instituições, e, também, na capacidade doméstica de exercício da regulação do mercado. Os Estados são, assim, forçados à competição perversa para a arrecadação e retenção em suas fronteiras. A sociologia econômica se mostra, pois, como uma poderosa chave de leitura para observar o comportamento fiscal dos Estados, identificando a construção social de sentido da tributação, desde os mecanismos mais básicos de gerenciamento de risco e governança tributária até o manejo da política sancionatória, valendo-se, inclusive, de alguns benefícios penais para repatriação de recursos.

⁴⁶² “Taxation is one of the most important forms of property rights. States manipulate tax policy in ways that have far-reaching consequences for private property and the economy. Because tax policy determines the degree to which states take profits from firms and earnings from individuals, it impinges directly on rights of private property ownership and appropriation. Tax policy also affects firm and individual investment strategies and, thus, how people use their property. For example, shifts in tax policy, such as the provision of investment tax credits or individual retirement accounts, can influence capital investment, which affects the distribution of capital across firms and sector and, in turn, production. It also affects savings, which influences consumption. As a result, cross-national and historical variation in taxation helps explain differences in national economic performance and income and capital redistribution. In sum, taxation can facilitate or inhibit the release of economic energy and, therefore, enable or constrain capitalist activity because it influences the distribution, production, consumptions, and productivity of capital – four processes that are central to an economic sociology of capitalism. It follows that variation should be a significant explanatory variable for economic sociology”. CAMPBELL, John. Fiscal sociology in an Age of Globalization: comparing tax regimes in advanced capitalist countries. In: NEE, Victor; SWEDBERG, Richard (org). *The Economic sociology of capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2005, pp. 391 e ss.

Especialmente no que diz respeito ao gerenciamento de risco e governança fiscal, Mihir A. Desai busca entender como o sistema tributário pode minimizar, ou ampliar, os problemas próprios da governança corporativa e, dessa forma, analisa como as estruturas de governança corporativa geram reais consequências no sistema tributário.⁴⁶³ Ainda com base nos comentários de Avi-Yonah, critica-se o emprego dos incentivos tributários como “arma” da competição para atração de investimentos internacionais. Tem-se, nesse contexto, que, não por outra razão, proliferam-se os paraísos fiscais, minando a capacidade de arrecadação doméstica, especialmente nos países em desenvolvimento. De fato, o autor pontua que esta é uma das principais razões por que os países acabem se vendo forçados ao uso não progressivo da tributação,⁴⁶⁴ criando espaços de anuência jurídica ao comportamento evasivo. A competição é agressiva, ao forçar os países em desenvolvimento a certos níveis de consentimento com o planejamento fiscal agressivo e, ao pressioná-los a condições nem sempre as mais favoráveis de repatriação, já que, do contrário, perderiam dinheiro jurisdições com menor intensidade em sua política fiscal. É justo o que Avi-Yonah critica como sendo a fragilidade de autodeterminação democrática na formulação não-dependente de sua política fiscal.⁴⁶⁵

Ainda sob esta mesma perspectiva, toma ele posição no sentido de que as multinacionais deveriam ser taxadas inicialmente nas jurisdições em que seus bens e serviços são consumidos.⁴⁶⁶ Com efeito, iniciativas desta natureza poderiam promover, ao menos em tese, uma melhor integração entre estruturas de governança ao planejamento tributário. Christopher Armstrong, no entanto, aponta para certa influência dessa integração na criação de oportunidades para evasão

⁴⁶³ Cf. DESAI, Mihir A.; DHARMAPALA, Dhammika. *Taxation and Corporate Governance: An Economic Approach*, 2007, *passim*.

⁴⁶⁴ “Consequently, the income tax’s progressive effect is significantly weakened. Two recent developments have dramatically augmented individuals’ and corporations’ ability to earn tax-free overseas income: the effective end of withholding taxation by developed countries and the rise of production tax havens in developing countries”. AVI-YONAH, Reuven. *Globalization...* Op. cit., pp. 1575 e ss.

⁴⁶⁵ AVI-YONAH, Reuven. *Globalization...* Op. cit., p. 1578.

⁴⁶⁶ AVI-YONAH, Reuven. *Globalization...* Op. cit., p. 1579.

fiscal, se não vierem acompanhadas de efetivo comprometimento da cultura corporativa. Isso significa que, de fato, as estratégias de governança fiscal poderiam ser simplesmente reduzidas a artifícios de investimento de risco, disseminando a injustiça fiscal por meio de planejamento tributário agressivo. Na linha da crítica das “ilusões da governança corporativa”, essas diretrizes poderiam ser incorporadas como estratégias de dominação de mercado,⁴⁶⁷ para não mencionar os vínculos, ainda bastante incertos, carentes de maior empenho nas ciências criminais, com associações criminosas e com o financiamento ao terrorismo transnacional.⁴⁶⁸

É de se ver que o setor privado e as agências internacionais (particularmente a Organização para a Colaboração e Desenvolvimento Econômico – OCDE) têm exercido verdadeiro protagonismo no campo da arrecadação. As formas jurídicas têm se diferenciado, por sua vez, com muita intensidade nesta área, deixando as interpretações convencionais do Direito Penal aturdidas com a mobilidade das combinações entre *hard* e *soft law*.⁴⁶⁹ Allison Christian, a seu modo, analisa as evoluções em termos de *customary law*, incorporando novas expectativas normativas, de forma bastante ágil, que recomendam a implementação de obrigações aos Estados e particulares à indiferença do lento processo legislativo.⁴⁷⁰ O uso de novas tecnologias traz novas práticas e novos desafios para a preservação da privacidade, interesses de terceiros e segurança da informação no comportamento colaborativo.⁴⁷¹

⁴⁶⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Abordagem penal econômica da Lei Anticorrupção: primeiras impressões. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 301 e ss.

⁴⁶⁸ Cf. PAWLIK, Michael. *Der Terrorist und sein Recht*. Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg, 31/2008, p. 41. Cf., interessantes revelações a respeito em, UESSELER, Rolf. *Guerra como prestação de serviços: a destruição da democracia pelas empresas militares privadas*. São Paulo: Liberdade, 2008, *passim*.

⁴⁶⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação... Op. cit., pp. 49 e ss.

⁴⁷⁰ CHRISTIANS, Allison. *Hard law, soft law, and international taxation*. *Wisconsin International Law Journal*, 25/2008, pp. 235 e ss.

⁴⁷¹ BAMBERGER, Kenneth. Technologies of compliance: risk and regulation in a digital age. *Texas Law Review*, 669/2009, pp. 671 e ss.

Seria de se requerer, portanto, das ciências criminais uma maior capacidade cognitiva para interpretação dos indicadores para integração do mercado global e suas verdadeiras implicações na atribuição de responsabilidade penal. Embora o Brasil tenha experimentado certo avanço na área de governança fiscal, ainda se conhece muito pouco sobre a efetividade e os indicadores de boa gestão do risco fiscal, e, mesmo, de seu rendimento. As operações que acompanham as declarações nem sempre são acessíveis, sendo os contextos de decisão fiscal inadequadas mais comuns do que o aquilo que se espera como sendo uma declaração perfeita. Nessa oportunidade, será reforçada a necessidade de consolidar o que seria uma declaração suficiente, que não apenas esteja alinhada a normativa contábil nacional e internacional, mas, também, que seja capaz de demonstrar sua idoneidade no cumprimento das normas, com transparência, regras claras de *accountability*, controle dos processos decisórios em que está inserida a declaração, e monitoramento contínuo das atividades de planejamento fiscal.

A demonstração da idoneidade da declaração se permite evidenciar pela sua articulação em um programa de *compliance*, cuja integração presente, de forma acessível, como se deram, de fato, as operações do planejamento tributário e sua pertinência ao sistema de inteligência de informação do Fisco. No entanto, ainda se desconhece o impacto dos mecanismos de prevenção nas instituições de mercado e na liberdade de ação empresarial. Tampouco se conhece, com clareza, sua utilidade para o sistema de sanções. Talvez não seja por outra razão que ainda não se tenha desenhado, de forma mais precisa, o nível de *suficiência de informação*. Tudo, enfim, ainda se mostra em campo de formação, mas nem por isso deve ser desprezado.

Insuficiência ou excesso de informação convivem, de todo modo, com uma *real falta de consistência dos mecanismos de coerção*. Na linha do impactante levantamento empírico elaborado por Gabriel Zucman, é bastante criticável a falta de um sistema coerente de coerção: a estruturação coerente das estratégias de regulação tributária requer “sanções justificadas e realistas”.⁴⁷² Não obstante, a regra parece ser o irracionalismo e a desregulamentação, padecendo a política fiscal

⁴⁷² ZUCMAN, Gabriel. *La riqueza escondida de las Naciones: cómo funcionan los paraísos fiscales y qué hacer con ellos*. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2015, p. 86.

internacional de sofrível ausência de dados e de verificação de sua efetividade,⁴⁷³ o que, a seu modo, deve ser repensado.

Zucman reafirma a necessidade de avaliação mais consistente de relação de comportamentos fiscais reprováveis, que, esquematicamente, poderiam ser discriminados da forma seguinte: (1) utilização de contas *offshore*; (2) Sociedades fiduciárias *offshore*; (3) Sociedades fictícias *offshore* em centros financeiros *offshore* ou em outros países para ocultar ativos ou ingressos tributáveis; (4) Utilização de cartão de crédito emitida em jurisdição *offshore* para obter acesso a ativos sonogados; (5) Constituição de sociedades de fachada *offshore* para desalocar benefícios no exterior, frequentemente utilizando faturas fictícias ou cobrando mais ou (menos) em transações entre entidades filiadas; (6) Utilização de sistemas transnacionais sofisticados e ou estruturas de investimento que abusam de tratados fiscais; (7) Manipulação de preços de transferência para mover artificialmente investimentos em jurisdição de baixa tributação e gastos em jurisdições de alta tributação, que vão para além de sistemas legítimos de minimização fiscal.⁴⁷⁴

Conceitualmente, os vínculos possíveis entre a tributação e a governança regulatória permitem observar certo acúmulo teórico, especialmente no que diz respeito às declarações fiscalmente exigíveis. A questão mais vulnerável se revela nas hipóteses em que os declarantes se prestem informações sobre as obrigações fiscais para falsear a relação com o Fisco.⁴⁷⁵ As regras de governança fiscal devem operar, precisamente,

⁴⁷³ Convivem escorcha fiscal com minimalismo ou impunidade, sem que haja determinação transparentes dos objetivos e valores que a fiscalização pretende operacionalizar com a arrecadação, sem que estejam criteriosamente articulados “de manera consistente con los objetivos comerciales, las obligaciones legales y estándares éticos. El *tax planning* (...) es perfectamente aceptable siempre que sea consistente con las leyes de las jurisdicciones afectadas y se adecúa a la intención del legislador así como al tenor literal de la ley. No se deben desarrollar operaciones artificiales cuya única finalidad sea reducir impuestos, especialmente aquellas que no tienen otro propósito que el ahorro fiscal (...) se deben considerar relaciones con las autoridades fiscales”. ZUCMAN, Gabriel. La riqueza escondida... Op. cit., p. 104.

⁴⁷⁴ ZUCMAN, Gabriel. La riqueza escondida... Op. cit., p. 137.

⁴⁷⁵ HARTNETT, Dave. The link between Taxation and Corporate Governance. In: DREXL, Josef et al (org). *Tax and Corporate Governance*. v. 3. MPI: Springer, 2008, pp. 3 e ss.

para reduzir os espaços de incerteza e desconfiança do Fisco, porém ainda é ténue o limite entre, de um lado, incorreções na prestação informação autêntica e, de outro, manipulações enganosas da verdade declarada. A realização consistente da governança coloca em evidência a autenticidade do comportamento do declarante, que, se incorre em erro, ao menos o faz de forma procedimentalmente justificada, protegendo-se em face da reprovação da conduta – entendimento que foi compartilhado pela recente alteração da Lei de Repatriação de ativos brasileira (art. 9º, § 3º). Espera-se, com isso, que as regras de governança fiscal estejam alinhadas a um programa de *compliance* razoável e que possam atuar na redução dos custos de transação, na exata medida em que demonstram às iniciativas de *law enforcement* a honestidade de seu comportamento. Ou seja, planejamento fiscal autêntico deve se mostrar como a principal estratégia para controlar medidas obsessivas de persecução penal, sob pena de utilidade parcial da norma.

Fiscal
manipulação
informação
parcial

A literatura sobre a questão é ampla, mas revela constantemente a crítica ao comportamento tributário agressivo. Dave Hartnett interpreta que políticas tributárias agressivas estressam as obrigações corporativas impostas pelos mecanismos tradicionais de tributação estatal, elevando a relação conflitiva entre os investidores, acionistas e a Administração fiscal. Hartnett, no entanto, introduz argumentos de forte apelo moralizante, independentemente da avaliação da política arrecadatória que rege os parâmetros de regulação estatal.⁴⁷⁶ Jeffrey Owens, a sua vez, desenvolve os argumentos macroeconômicos que movem a estrutura político-administrativa do Estado para fins fiscais, associados à avaliação do risco sistêmico e da capacidade de mobilizar comportamento mais adequado por parte de investidores e acionistas.⁴⁷⁷ Isso, a seu tempo, faz com que Mihir A. Desai destaque que os vínculos possíveis como estratégias de prevenção do não cumprimento da obrigação fiscal (em situações marcadas por complexas demandas tributárias e criatividade contábil), em última consequência, gera oportunidade à prática de evasão fiscal.

⁴⁷⁶ HARTNETT, Dave. The link... Op. cit., p. 4.

⁴⁷⁷ OWENS, Jeffrey P. Good Corporate Governance: The Tax Dimension. In: DREXL, Josef; HILTY, Reto M.; SCHÖN, Wolfgang; STRAUS, Joseph (Ed). *Tax and Corporate Governance*. v. 3. Hamburg: Springer: 2008, pp. 9 e ss.

3. REPERCUSSÕES NA POLÍTICA CRIMINAL ECONÔMICA

Em matéria penal econômica, a repatriação de ativos encontra uma série de limites de legitimação, não apenas pelas sérias restrições a determinadas liberdades individuais que tanto a declaração enganosa quanto a coerção obsessiva podem gerar, mas justamente pela situação jurídica instável (ou perversa), segundo a qual o abuso muitas vezes acaba por deslegitimar o uso. Muitas das hipóteses de falha de governança fiscal repercutem em desajustes na lealdade de concorrência em escala global, e o que antes se limitava a uma questão de acomodação de interesses macroeconômicos acaba se convertendo em um perigoso jogo regulatório.⁴⁷⁸

Didaticamente, a introdução ao Direito Penal Econômico, de Klaus Tiedemann, sintetiza a participação do Estado como uma variável do comportamento econômico. Afirma, assim, que, enquanto Becker partia de um modelo estático, que somente deixava ao indivíduo a decisão entre ocupação legal e ilegal, Ehrlich baseava-se em um chamado modelo de alocação temporal, no qual o indivíduo divide seu tempo em ocupações legais e ilegais.⁴⁷⁹ Assim, a análise econômica do Direito Penal se estendeu, ao menos nas três últimas décadas, a encontrar combinações de políticas com maior ou menor participação do Estado.⁴⁸⁰ Essa análise lógica (não moralizante) dos programas de anistia tidos na Lei de Repatriação, em que mais interessa acertar a desajustada conjuntura econômica do que insistir na reprovação de comportamentos, ou são toleráveis ou são de todo irrelevantes para justificar a alocação dos recursos de investigação criminal, pode gerar problemas de interpretação.

⁴⁷⁸ LAUFER, William. *El compliance game*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SABADINI, Patricio *et al* (org). *Regulación del abuso en el ámbito corporativo*. Resistencia: Contexto, 2016, pp. 77 e ss.

⁴⁷⁹ TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal económico*. Lima: Grijley, 2009, p. 65.

⁴⁸⁰ TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht*... Op. cit., p. 4 e ss. TIEDEMANN, Klaus. *Corporate criminal liability as a third track*. In: BRODOWSKI, Dominik *et al* (org). *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer, 2014, pp. 11 e ss.

Desde o paradigmático caso Enron,⁴⁸¹ em perfeita descrição de momento de crise, intensificaram-se as estratégias para buscar reforço punitivo penal, com a finalidade de preservar a segurança no fluxo de informações. A “contabilidade criativa” (a partir da geração fictícia de “valores hipotéticos futuros”) e a cumplicidade das auditoras motivaram a proliferação de estudos sobre o que se passou a entender sobre uma suposta falha dos *gatekeepers*.⁴⁸² A verdade é que, de há muito, se tem buscado soluções penais para controlar o engenho contábil. Entretanto, os resultados das últimas décadas parecem apenas demonstrar que o Direito Penal, de fato, exerce pouca, ou nenhuma, influência tanto na regulação do comportamento fiscal, como no controle da contabilidade criativa e na cumplicidade das auditoras. Pior ainda, ao se pensar na alegada “efetividade”⁴⁸³ das políticas de prevenção (legislação anticorrupção). Nelas, há bem pouca clareza

⁴⁸¹ Cf. McLEAN, Bethany; ELKIND, Peter. *The smartest guys in the room: the amazing rise and scandalous fall of Enron*. New York: Penguin, 2014, *passim*.

⁴⁸² Cf. SAAD-DINIZ, Eduardo; MARTINELLI, Sofia Bertolini. *Gatekeepers e soluções de compliance*. *Revista dos Tribunais*, 5/2017. Cf., para ampla compreensão doutrinária do problema, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. São Paulo: D'Plácido, 2016, *passim*. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deveres de vigilância y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; ORTIZ DE URBINA, Iñigo; MONTIEL, Juan Pablo (org). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 79 e ss. Na linha da doutrina de Silva Sánchez, OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. *A responsabilidade por omissão dos sujeitos sensíveis à lavagem de dinheiro: o dever de informação*. São Paulo: Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, *passim*.

⁴⁸³ Cf., sobre “efetividade”, veja-se, por todos, WEISMAN, Andrew. Rethinking Criminal Corporate Liability. *Indiana Law Journal*. 82/2007, *passim*; seguido das críticas pertinentes à “efetividade” nos termos do Decreto n. 8.420/2015, que regulamenta a Lei n. 12.846/2013, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. cit., pp. 313 e ss. Cf., recentemente, UHLMAN, David. The pendulum swings: reconsidering corporate criminal prosecution. *University of California, Davis*, 2016, pp. 1271 e ss. A crítica à insuficiência regulatória em matéria de *individual accountability*, encontram-se sistematizadas em LAUFER, William. *Corporate Bodies and Guilty Minds: the failure of corporate criminal liability*. Chicago: Chicago Press, 2006, pp. 99 e ss. Em linha muito semelhante a de Laufer, HAUGH, Todd. Cadillac compliance breakdown. *Stanford Law Review*, 69/2017, pp. 198 e ss.

sobre a priorização dos padrões de *individual accountability*, tão festejados entre órgãos reguladores e fiscalizadores.

A chamada Lei de Repatriação brasileira (mais adiante especificada), parece refletir bem este necessário. Fundamentalmente, parece estar inserida nas formas mais básicas de formulação da política fiscal dos Estados, e nos ajustes macroeconômicos que, ou vêm para acertar instabilidades orçamentárias domésticas pontuais, ou, ainda, oferecem um contraponto na lógica da concorrência internacional. Sua lógica primária é arrecadatória e vinculada a uma política mundial nesse sentido. Disso não há o que se duvidar.

No entanto, sob certa óptica, é de se suspeitar que a Lei parece abrir, ao Sistema de Justiça Criminal, uma importante oportunidade para o incremento de sua capacidade investigatória. E esse é um ponto delicado ao se imaginar a lealdade que se espera do Estado em função das declarações feitas. De todo modo, alguns autores, como Carla de Carli, afirmam que a anistia franqueada pela norma, não deve “impedir ou cercear, de qualquer modo, a investigação criminal sobre a verdadeira origem ou titularidade dos bens ou valores é estender o regime de regularização além do limite aceitável”.⁴⁸⁴ A política de concessão do benefício da anistia deveria, sim, instaurar um claro e honesto diálogo com a própria declaração a ser apresentada. Em outras palavras, tudo deveria ser sopesado conforme seja o caso concreto. A dúvida, no entanto, é o tom a imperar na logicidade interpretativa da Lei: poderá seu intuito regulador superar o arrecadatório?

Muito embora o ordenamento jurídico penal brasileiro siga, ele próprio, em dívida com os movimentos de política criminal internacional (em especial ao negligenciar a ampliação da incidência da responsabilidade penal da pessoa jurídica), há expectativas razoáveis de melhoria nas relações de confiança e colaboração efetiva entre contribuição e Administração fiscal. Como fazer isso, no entanto, ainda se mostra um espaço aberto, e em relação ao mesmo todo o cuidado deve ser tomado, sob pena de rompimento de primados garantistas.

⁴⁸⁴ Cf. DE CARLI, Carla. Os reflexos da repatriação no crime de lavagem. *Valor Econômico – Legislação e Tributos*, 12.09.2016, *passim*.

3.1. Interação funcional entre política-criminal e política-fiscal

A interação entre o Direito Penal e Direito Econômico e Tributário tem sido tema recorrente no Brasil, como são exemplos os casos de REFIS e extinção da punibilidade nos casos de pagamento de débito tributário.⁴⁸⁵ Em pesquisa realizada na Fundação Getúlio Vargas (FGV),⁴⁸⁶ fica bem demonstrada a interação entre a política-fiscal e a política-criminal brasileiras, com delimitação nas claras estratégias arrecadatórias do Estado. A pesquisa da FGV toma como referência a política criminal relacionada à extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo (desde suas primeiras manifestações no art. 2º, Lei nº 4.729, de 14.7.1965). Apesar da centralidade de tal pesquisa, as outras relações possíveis entre as áreas ainda seguem carentes de melhor caracterização empírica e avaliação de impacto regulatório e orientação normativa. De qualquer sorte, nesse sentido, parece fundamental estabelecer regras e pontuações dogmáticas do permitido e do não permitido.

Tudo leva a crer que o que antes se tinha no Direito Penal Econômico como “princípio da especialidade” está sendo substituído por verdadeira priorização político-criminal de investigação de determinados delitos econômicos. Além disso, têm sido cada vez mais recorrentes as estratégias acusatórias que se valem da interação as práticas arrecadatórias e a intimidação penal. Isso se percebe, seja atrelando os tipos de associação criminosa para mover adiante a persecução penal (ainda que observado o pagamento integral do débito tributário),⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ ESTELLITA, Heloisa. Patamar de lesividade penal deve ser superior ao extra-penal. *Conjur*, 16.12.2013.

⁴⁸⁶ Cf. MACHADO, Máira Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). *Política fiscal e política criminal: o direito penal nas estratégias arrecadatórias do Estado brasileiro (1990-2006)*. São Paulo: FGV, 2009, *passim*.

⁴⁸⁷ HC 90.757/SC-STF (17.02.2014 – Rel. Min. Celso de Mello), em hipótese de configuração da conduta típica prevista no art. 1º, I, II e IV, Lei n.º 8.137/90, cc. art. 71 e 288, CP. Em detalhes sobre a questão, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: realidade tópica ou contradição em termos? In: OLIVEIRA, William *et al* (org) *Direito penal econômico: estudos em homenagem a Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, pp. 157 e ss. ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luis. Empresa, quadrilha (art. 288,

quer, ainda, nas figuras autônomas de Lei de Lavagem de Dinheiro viabilizadas pela abolição do catálogo taxativo de delitos antecedentes. Tudo, enfim, parece refletir um novo momento de percepção penal.

A interação funcional⁴⁸⁸ entre os campos pode, de todo modo, realmente permitir maior capacidade de aprendizagem entre os distintos sistemas, viabilizando condições cognitivas mais favoráveis para a determinação de novas diretrizes, finalidades e dimensões valorativas que podem ser decisivas na interpretação da nova Lei. Com base neste referencial teórico, viabiliza-se a interpretação dos vínculos possíveis entre, de um lado, a acomodação de interesses orçamentários pelas vias da arrecadação e, de outro, as normas penais. Essa, a leitura essencial do papel arrecadatório assumido.

Para além disso, é de se recordar que, em outra oportunidade, veiculou-se que quando se colocam em questão comportamentos econômicos, não somente a Economia pode observar as formas de alocação eficiente frente às normas penais, mas, também, o Direito Penal pode manifestar sua capacidade de regular o comportamento dos agentes econômicos, e, portanto, o funcionamento do mercado. Com isso, por igual, formula um sistema de imputação de responsabilidade às liberdades econômicas.⁴⁸⁹ Essa premissa parece cada vez mais atual.

Na literatura tributarista, as valorações de política fiscal, especialmente orientada pela noção de moral fiscal e regime de segurança ao planejamento econômico, encontram respaldo nas lições de Klaus Tipke e Joachim Lang.⁴⁹⁰ Mesmo que adstritas a formulação de soluções justas aplicadas ao cotidiano das relações fiscais, ainda assim parecem ser importantes para uma melhor compreensão da utilidade

CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 91/2011, pp. 393 e ss.

⁴⁸⁸ A noção de interação funcional como estratégia de interpretação das normas penais não é aqui de todo inovadora. No campo dogmático, remonta a POLAINO-NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Las insolvencias punibles en la encrucijada del derecho penal y del derecho mercantil: tras la aprobación de la nueva Ley Concursal española*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 74 e ss.

⁴⁸⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Fronteras...* Op. cit., p. 416.

⁴⁹⁰ TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário (Steuerrecht)*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008, v. I, p. 51 e ss.

das sanções e desenvolvimento de incentivos mais apropriados para as estratégias de *compliance* tributário. Bastaria extrair dessas clássicas lições a valoração do uso justo do planejamento tributário à dedução de práticas de “uso justo” das possibilidades de anistia oferecidas pelo ordenamento brasileiro. É claro que, no entanto, isso não tem o poder de substituir a avaliação de impacto regulatório na condução de operações negociais, nem os problemas de análise microeconômica da declaração e a insuficiência das instituições brasileiras, especialmente no que diz respeito ao distanciamento deletério entre as práticas de *law enforcement* e a agressividade fiscal operada no setor privado.

Independentemente das valorações de política fiscal e da pretensão à moral fiscal, a acomodação dos interesses de arrecadação pode estar atrelada a determinadas finalidades objetivas. Avi-Yonah, por exemplo, estrutura essas finalidades com base no tripé “receita/redistribuição/regulação” (*revenue/redistribution/regulation*). Cumpriria à receita incrementar, pois, o ingresso de capital para promover o programa de atividades do Estado. À redistribuição, a seu tempo, mitigar a distribuição não isonômica (*unequal*) dos bens na sociedade. E, por sua vez, à regulação, determinar os quadrantes em que se opera a liberdade de determinação da atividade econômica.⁴⁹¹

No entanto, semelhante modelo explanatório, por mais objetivo e preciso que seja, não é suficiente para interpretar as reais finalidades dos interesses de arrecadação. Desde uma perspectiva estritamente objetiva, o problema é que a regulação da arrecadação raramente alcança um nível de compreensão adequada de sua dimensão sancionatória. O desafio interpretativo trazido pela nova Lei de Repatriação de ativos consiste, precisamente, em encontrar o deslinde de como a política sancionatória de estímulo à colaboração voluntária deve interagir com as finalidades que são próprias à arrecadação tributária.

Já no que diz às ideias penais, Klaus Tiedemann segue sendo importante referência. Ao categorizar o “Direito Penal fiscal”,⁴⁹² articula a crescente integração dos mercados internacionais com as recomendações mais recentes de controle do fluxo de informação

⁴⁹¹ AVI-YONAH, Reuven. The three goals of taxation. *Tax Law Review*, 60/2006-2007, p. 1 e ss.

⁴⁹² TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht*... Op. cit., p. 7 e ss.

entre estes o abuso de poder na condução das atividades negociais. Tiedemann interpreta a política criminal a partir da experiência internacional, analisando como os ordenamentos jurídicos elaboram as descrições típicas com a finalidade de promover a proteção do sistema fiscal. De forma bastante inteligente, o propósito é desenvolver o que seria o “Direito Penal fiscal” a partir do reconhecimento da relevância penal nas hipóteses de violação da obrigação tributária: não havendo obrigação tributária previamente fixada perde sentido o juízo de reprovação da conduta e, tão logo, o merecimento de pena. Vincula-se, pois, e mais uma vez, o aspecto penal ao fiscal.

Helena Taveira Torres reposiciona esse acoplamento político a partir do contexto internacional propenso a influência de agências internacionais, maior integração de dados entre Fiscos e certa reorientação das operações fiscais das multinacionais. Coloca, assim, que, sobretudo, a Convenção para *Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters* – AEOI, 2016, estabeleceu as diretrizes do novo modelo de “Fisco Global”⁴⁹³, e a ordem global de que “the era of banking secrecy is over”. Em suas palavras, “o Programa de Regularização deve ser avaliado. Esta adesão significativa ao RERCT representa elevada confiança na Receita Federal e no Brasil”.⁴⁹⁴

As questões mais particulares de repasse de verbas arrecadas têm sido ainda objeto de controvérsia. Mesmo assim, parece que, de fato, a nova Lei representou avanços no ajuste das contas públicas, o que não significa, no entanto, que não haja muito a ser feito para atrair alterações substanciais de justiça fiscal distributiva. Vale dizer, novas

⁴⁹³ Cf. TORRES, Heleno Taveira. Postulados de aplicação do regime de regularização cambial. *Conjur*, 20.10.2016; TORRES, Heleno Taveira. O planejamento tributário abusivo é alvo do novo Fisco global. *Conjur*, 26.07.2015.

⁴⁹⁴ Isso, apesar de determinados apontados neste texto, há otimismo dentre especialistas: “Logicamente, temos que celebrar a arrecadação do RERCT, especialmente pela situação de grave crise econômica vivenciada. Foram regularizados R\$ 169,9 bilhões de reais declarados, com uma arrecadação de R\$ 46,8 bilhões, de um total de R\$ 50,9 bilhões declarados por 25.011 pessoas físicas e 103 de pessoas jurídicas. Estes valores serão compartilhados com estados e municípios e certamente, pelo momento de quedas de arrecadação em todas as unidades da federação, servirão para permitir uma travessia menos sofrida para todos”. TORRES, Heleno Taveira. Um balanço da regularização de ativos lícitos no exterior. *Migalhas*, 22.11.2016.

alternativas viáveis de interação funcional entre as políticas criminal e fiscal estão ainda na sala de espera.

Além disso, Torres também reconhece a importância das reformas legislativas necessárias para entrada em vigor das ações do Programa *Base Erosion and Profit Shifting* – BEPS,⁴⁹⁵ da OCDE, que recomenda maior intensidade na fiscalização internacional e recuperação das bases tributáveis do país. Segundo ele, o Acordo Multilateral de Autoridades Competentes – *Multilateral Competent Authority Agreement* (MCAA) deu início ao emprego do *Common Reporting Standard* (CRS), uniformizando o intercâmbio automático de informações financeiras para fins tributários.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ AVI-YONAH, Reuven; XU, Haiyan. Evaluating BEPS. *University of Michigan Public Law Research Paper* n. 493: “Following the financial crisis and ensuing austerity, politicians discovered the twin problems of tax evasion and tax avoidance. On the individual tax evasion front, the response has been driven by the US enactment of FATCA in 2010. This law led to the signing of a series of Intergovernmental Agreements (IGAs) between the US and 115 other countries (and counting) for the exchange of tax information. The IGAs led to the developments by the OECD of common reporting standards (CRS) and to the Multilateral Agreement for Administrative Assistance in Tax Matters (MA-ATM), which has been adopted by over 80 countries (but as of 2016, signed but not ratified by the US). On the corporate tax avoidance front, the OECD and G20 launched the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) project in 2013, and this has in October, 2015 culminated with the release of a series of action steps that the OECD and G20 countries have undertaken to adopt. OECD Secretary-General Angel Gurría has stated that “Base erosion and profit shifting affects all countries, not only economically, but also as a matter of trust. BEPS is depriving countries of precious resources to jump-start growth, tackle the effects of the global economic crisis and create more and better opportunities for all. But beyond this, BEPS has been also eroding the trust of citizens in the fairness of tax systems worldwide. The measures we are presenting today represent the most fundamental changes to international tax rules in almost a century: they will put an end to double non-taxation, facilitate a better alignment of taxation with economic activity and value creation, and when fully implemented, these measures will render BEPS-inspired tax planning structures ineffective” - OECD, Centre for Tax Policy and Administration, OECD presents outputs of OECD G20 BEPS Project for discussion at G20 Finance Ministers meeting, October 5, 2015”.

⁴⁹⁶ “E a Suíça atendeu ao compromisso firmado com a OCDE, de que firmaria acordo específico de trocas de informações com todos os países que permitissem oportunidade de regularização dos ativos no exterior. E, assim, no dia 18/11/16,

A nova Lei pode ser interpretada, portanto, como sendo deduzida destas três principais causas: necessidade de arrecadação, acomodação de interesses em déficit orçamentários (“destinação federativa dos valores a estados e municípios”), e intensificação do padrão global de troca de informações.

3.2. A estrutura normativa da Lei nº 13.254/2016

A partir da Lei nº 13.254, de 13.01.2016, o Brasil passou a adotar chamadas para “repatriação de recursos”,⁴⁹⁷ com base na elaboração do Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT 1), com nova chamada no ano de 2017 (RERCT 2). A Lei que institui o RERCT possibilita a legalização de ativos e patrimônios, desde que lícitos,⁴⁹⁸ oferecendo anistia penal⁴⁹⁹ e

a Suíça assinou com a Receita Federal declaração conjunta para ampla troca de informações sobre residentes brasileiros com contas naquele país, para entrega de todos os dados a partir de 2018”. TORRES, Heleno Taveira. Um balanço... Op. cit., *passim*..

⁴⁹⁷ SILVEIRA, Renato. Lei de repatriação: aspectos criminais da prestação de informações (*disclosure*) em ambiente de *tax compliance* (1ª parte). *Revista de Direito Bancário e de Direito de Mercado de Capitais*, 70/2016, pp. 143 e ss. SILVEIRA, Renato. Lei de repatriação: aspectos criminais da prestação de informações (*disclosure*) em ambiente de *tax compliance* (2ª parte). *Revista de Direito Bancário e de Direito de Mercado de Capitais*, 71/2016, pp. 195 e ss.

⁴⁹⁸ Carla de Carli, no entanto, crítica esta noção: “É um eufemismo falar em valores lícitos, já que a ilicitude estará sempre presente, inclusive nos casos em que os bens e valores tiverem sido auferidos em atividade econômica permitida ou não proibida. Se os valores não foram declarados à Receita Federal ou ao Banco Central, nos casos em deveriam ter sido declarados, haverá, no mínimo, crime contra a ordem tributária ou uma das modalidades do delito previsto no artigo 22 da Lei nº 7.492, de 1986. A Receita Federal não está inovando ao exigir que o tributo e a multa sejam calculados e pagos sobre o valor total havido (e eventualmente transferido ou consumido) antes de 31 de dezembro de 2014. A própria lei, em mais de uma ocasião, expressa, com muita clareza, que o regime se aplica a todos os recursos, bens ou direitos, incluindo movimentações anteriormente existentes”. Cf. DE CARLI, Carla. Os reflexos da repatriação no crime de lavagem...Op. cit., *passim*.

⁴⁹⁹ A existência de condenação em ação penal, em razão de prática de condutas previstas no art. 5º, § 1º (quais sejam: *i.* art. 1º, I, II; art. 2º, V, ambos da Lei n. 8.137/1990; *ii.* delito de – art. 337-A, CP; *iii.* delitos de sonegação fiscal, previstos na Lei n. 4.729/1965; *iv.* art. 297, 298, 299, 304, CP, quando exaurida sua

pagamento de percentual de imposto de renda sobre o valor declarado, acrescidos de multa.

A estrutura da Lei, como se sabe, consiste em dez tópicos analíticos: (a) conceito e destinatários da norma – art. 1º e parágrafos; (b) objeto – art. 2º; (c) âmbito de alcance da norma – art. 3º; (d) procedimento e requisitos para adesão – art. 4º; (e) efeitos de aplicação – art. 5º; (f) tributação – art. 6º; (g) prazo – art. 7º; (h) multa – art. 8º; (i) causas de exclusão – art. 9º; (j) outras disposições, como regulamentação e exclusão de destinatários da norma – art. 10 e 11.

O conceito de “Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT 1 e RERCT 2)” remonta às estratégias de declaração voluntária 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, alinhados à normativa cambial ou tributária (art. 1º). Além da natureza declaratória (licitude, idoneidade e critérios básicos de identificação), o elemento diferencial do RERCT é a voluntariedade da declaração ou retificação (§ 2º) – *v. infra* a análise entre a voluntariedade e a coercitividade.

O destinatário da norma refere-se, como afirma a previsão do RERCT 1, a residentes ou domiciliados no País em 31.12.2014, que tenham sido ou ainda sejam proprietários ou titulares de ativos, bens ou direitos em períodos anteriores a 31.12.2014 (§ 1º). Estende-se também quem, até esta data, não possua saldo de recursos ou título de propriedade de bens e direito. Os não residentes no momento da publicação (§ 3º). Aplicam-se os efeitos também ao espólio, cuja sucessão esteja aberta em 31.12.2014 (§ 4º), ou tenha sido aberta até a data de adesão ao RERCT (§ 4º-A).

O objeto da Lei, assim, refere-se a recursos ou patrimônio não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais (art. 2º, I), recursos ou patrimônio de origem lícita

potencialidade lesiva com a práticas das condutas típicas elencadas de *i. a iii.*; *v. art. 22, caput*, parágrafo único, Lei n. 7.492/1986; *vi. art. 1º*, Lei n. 9.613/1998, quando a proveniência remontar a delitos previstos nos itens anteriores), representa fator impeditivo para a aplicação da lei (§ 5º), assim como *infra* se discute quanto à extinção de punibilidade.

(art. 2º, II), recursos ou patrimônio repatriados objeto do RERCT (art. 2º, III), recursos ou patrimônio remetidos ou mantidos no exterior (art. 2º, IV), titular (art. 2º, V).

Importante que o objeto da lei também se estende aos recursos ou patrimônios de pessoa jurídica, com sede no País (art. 2º, I). O âmbito de alcance da norma, por sua vez, abrange todos os recursos, bens ou direitos de origem lícita de residentes ou domiciliados no País até 31.12.2014, conforme a sua redação original. Alcança também movimentações anteriormente existentes, remetidas ou mantidas no exterior, ou que sejam derivadas de transferência para o País (art. 3º).

O RERCT concentra-se na declaração da proveniência lícita da atividade econômica que produziu patrimônio que esteja ou tenha estado no exterior, em qualquer caso, e desde que não tenham sido declarados ou que tenham sido submetidos à declaração imperfeita: I - depósitos bancários, certificados de depósitos, cotas de fundos de investimento, instrumentos financeiros, apólices de seguro, certificados de investimento ou operações de capitalização, depósitos em cartões de crédito, fundos de aposentadoria ou pensão; II - operação de empréstimo com pessoa física ou jurídica; III - recursos, bens ou direitos de qualquer natureza, decorrentes de operações de câmbio ilegítimas ou não autorizadas; IV - recursos, bens ou direitos de qualquer natureza, integralizados em empresas estrangeiras sob a forma de ações, integralização de capital, contribuição de capital ou qualquer outra forma de participação societária ou direito de participação no capital de pessoas jurídicas com ou sem personalidade jurídica; V - ativos intangíveis disponíveis no exterior de qualquer natureza, como marcas, *copyright*, *software*, *know-how*, patentes e todo e qualquer direito submetido ao regime de *royalties*; VI - bens imóveis em geral ou ativos que representem direitos sobre bens imóveis; VII - veículos, aeronaves, embarcações e demais bens móveis sujeitos a registro em geral, ainda que em alienação fiduciária.

A Lei é didática ao descrever procedimentos e requisitos para adesão (art. 4º), que deverão ser intermediados por instituição financeira autorizada a funcionar no País e a operar no câmbio (§ 4º). Interessa (inciso IV) a declaração de que os bens ou direitos de qualquer natureza declarados tenham origem em atividade econômica lícita.

Para fins de investigação penal, também desperta especial interesse a possibilidade de utilização da declaração de regularização em procedimentos criminais. Expressamente, fica vedado que se empregue a declaração como único indício ou elemento para efeitos de expediente investigatório ou procedimento criminal (art. 4º, § 12, I) ou para fundamentar, direta ou indiretamente, qualquer procedimento administrativo de natureza tributária ou cambial em relação aos recursos nela constantes (art. 4º, § 12, I). Ainda que a “nova rodada” tenha explicitado (art. 9º, § 3º) que “a declaração com incorreção em relação ao valor dos ativos não ensejará a exclusão do RERCT, resguardado o direito da Fazenda Pública de exigir o pagamento dos tributos e acréscimos legais incidentes sobre os valores declarados incorretamente, nos termos da legislação do imposto sobre a renda”, é, no mínimo, imprecisa a diferença que se pode atribuir à “declaração incorreta” e a “omissão na declaração de bens de proveniência ilícita”.

Talvez aí resida não apenas a principal disputa argumentativa sobre a interpretação da RERCT, mas também a demonstração de que a Lei reproduz a inconsistência da regulação fiscal no Brasil. Falta, obviamente, determinação empírica para delimitar o que se entende por “único” indício e por correção ou complemento da declaração, despertando o que parece representar o ponto de maior controvérsia em matéria processual penal. Isso, é claro, se de fato, o comportamento do contribuinte reproduzir os padrões que pressupõem a própria violação da norma, deixando de comunicar condutas ilícitas, vale dizer, o declarante que efetivamente não coopera (*v. infra*). Além disso, resta pertinente a observação de Carla de Carli, segundo a qual “a Lei diz que as informações obtidas com a declaração voluntária não podem ser as únicas evidências a fundamentar uma investigação criminal, mas não impede, como não poderia mesmo fazer, que as informações sejam obtidas por outras fontes”.⁵⁰⁰ Semelhante consideração sobre “outras fontes”, contudo, deve ser vista com cautela e referendada conforme o caso concreto.

No que diz respeito aos efeitos de aplicação (art. 5º) a adesão ao programa dar-se-á mediante entrega da declaração dos recursos, bens e direitos sujeitos à regularização prevista no caput do art. 4º e

⁵⁰⁰ Cf. DE CARLI, Carla. Os reflexos da repatriação...Op. cit., *passim*.

pagamento integral do imposto previsto no art. 6º e da multa prevista no art. 8º desta Lei: § 1º - o cumprimento das condições previstas no caput antes de decisão criminal extinguirá, 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: (Redação dada pela Lei nº 13.428, de 30.3.2017) I - no art. 1º e nos incisos I, II e V do art. 2º da Lei n. 8.137, de 27.12.1990; II - na Lei nº 4.729, de 14.7.1965; III - no art. 337-A, CP; IV - nos seguintes arts. do CP, quando exaurida sua potencialidade lesiva com a prática dos crimes previstos nos incisos I a III: a) 297; b) 298; c) 299; d) 304, CP; VI - no *caput* e no parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492, de 16.6.1986; VII - no art. 1º, da Lei nº 9.613, de 3.3.1998, quando o objeto do crime for bem, direito ou valor proveniente, direta ou indiretamente, dos crimes previstos nos incisos I a VI.

Alguns aspectos em relação à extinção da punibilidade e perda do interesse penal são significativos.⁵⁰¹ Independentemente da

⁵⁰¹ “(...) Tomando-se a possibilidade de elaboração de uma declaração com fins de regularização de valores dentro de um alinhamento histórico, como quadro momento temporal (T), verificar-se-ia a existência de um quadro em um momento (T-1), imediatamente anterior à declaração, em que seriam constatados depósitos existentes no exterior (segundo a legislação posta, o dia 31.12.2014), o que implicaria, pontualmente, uma irregularidade tributária e também penal. Na realidade, os eventuais crimes derivados da existência desse depósito, elencados na lei de regularização, teriam, por favor legal do Estado, declarada a extinção de sua punibilidade. Pois bem, a primeira questão a ser levada em conta, desde um premissa criminal, diria respeito, entretanto, a um quadro, em momento (T-2), ainda anterior à constatação da existência dos valores, em que se pudesse imaginar a origem, lícita ou ilícita, desses. Imagine-se, portanto, uma situação qualquer, *v.g.*, de corrupção que gere valores enviados ao estrangeiro. Esses valores são maculados em sua origem, já no primeiro quadro, em momento (T-2). Uma extinção de punibilidade quanto a esses eventos criminosos não seria nunca, de se admitir. E nem essa é, diga-se, a lógica, quer da ‘economicização’ do Direito Penal, quer da transparência pretendida. Não se pretende, aqui, pois, uma imunidade de tudo que no passado ocorreu, como que estabelecendo a ideia de um Estado cúmplice do ilícito. Embora essa discussão seja absolutamente rica, propositalmente não será, aqui, abordada. Ponderação bastante diversa, no entanto, como se disse, diz respeito não a crimes vinculados à origem do dinheiro (momento T-2), mas, sim, a eventuais crimes agregados à própria existência de manutenção dos valores no estrangeiro (momento T-1). Frise-se: não se questionam, aqui, crimes antecedentes à existência dos valores mantidos no exterior,

especulação moral que se possa fazer, se mostram dissolvidas. Isso não significa, no entanto, maior inteligência regulatória. Apenas uso da punição para fins de planejamento econômico. É de se identificar, aí, semelhanças com o paradigma espanhol, consolidando a configuração dogmática da extinção da punibilidade na lei de repatriação, uma vez que “os pressupostos positivos (da extinção da punibilidade) são, da mesma forma que a lei espanhola, o reconhecimento e o pagamento da dívida tributária. Os negativos, por sua vez, além da noção de voluntariedade da declaração, dão-se unicamente em relação à origem lícita dos valores, não incorporando, assim, outros fatores restritivos, como verifica-se em outros países”.⁵⁰²

Desde a perspectiva penal, a Lei passa a reconhecer como não-puníveis condutas tipificadas como delito: sonegação fiscal e previdenciária, falsidade ideológica, uso de documento falso; evasão de divisas, manutenção de depósito não declarado no exterior e lavagem de capitais, cuja proveniência esteja referenciada a uma das condutas anteriores.⁵⁰³

Além da arquitetura permissiva das normas jurídico-penais, há outros problemas decorrentes dos programas de RERCT. Se bem é verdade que Heleno Taveira Torres considera, desde um ponto de vista tributário, “exitoso” o RERCT, inclusive por “permitir a recuperação dos recursos dispersos em distintos ‘centros *offshore*’, para recompor a base tributável do país”, também é verdade que a legislação

até mesmo porque isso, em si, já macularia a própria lógica da regularização como hoje prevista. Esta, consoante a racionalidade posta, somente poderia dizer respeito a valores de origem lícita. Ocorre que podem existir, sim, considerações típicas decorrentes dessa manutenção, como seriam, genericamente, os casos de falsidade, sonegação fiscal e lavagem de dinheiro. Além disso, cumpre uma particular análise, no caso brasileiro, de uma realidade peculiar relativa à chamada evasão de divisas. De todo modo, essa distinção é fundamental, pois não é de se afirmar por uma confusão da situação criminal em relação a crimes de origem (ou prévios, ou antecedentes), e crimes vinculados ou agregados, unicamente, à existência dos valores”, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei de repatriação (1ª Parte)...Op. cit., p. 154.

⁵⁰² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei de repatriação (2ª Parte)...Op. cit., p. 225.

⁵⁰³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei de repatriação (2ª Parte)...Op. cit., p. 225.

acarreta uma série de consequências penais, nem sempre tranquilas desde a perspectiva do acusado. O problema é que a Lei não reflete apenas uma confluência entre política fiscal e política criminal, como também pode trazer consigo mentalidade persecutória, integrada à serviço de inteligência e controle do fluxo de informações. Esse, um problema fundamental e que não pode ser desprezado. A interpretação das repercussões penais da Lei de Repatriação deve, portanto, afetar alguns aspectos procedimentais e conter polêmicas ao eventualmente vulnerar determinadas liberdades pessoais em sua configuração normativa. Somente seria de se aceitar tal conceituação em situação absolutamente extrema.

3.3. *A voluntariedade da declaração: a "verdade construída"*

A Lei parece procurar desenvolver incentivos para a declaração voluntária de ativos lícitos no exterior, especialmente concedendo a anistia penal para estimular a repatriação. Com a declaração, espera-se que as autoridades competentes (a Receita Federal e o Banco Central) possam acessar valores que seriam essenciais para acomodar os interesses nacionais em conjuntura delicada e vulnerável pela crise orçamentária. Espera-se também que haja melhorias institucionais no País, alinhando-se aos padrões internacionais de intercâmbio de informações bancárias, notadamente o FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*), CRS (*Common Report Standards*) e a parafernália bancária em matéria de *tax compliance*. Soma-se a isso a ampla mobilização internacional em torno da flexibilização do sigilo fiscal e os esforços das autoridades de *law enforcement* de inteligência da informação contra a lavagem de dinheiro.

Na experiência internacional, no entanto, o risco penal tem sido objeto de crítica e identificado como um dos principais fatores do baixo nível de colaboração nas declarações tributárias. A sofisticação das novas técnicas de investigação e a ansiedade na produção de resultados condenatórios, especialmente motivados pela necessidade de superar as percepções negativas sobre os elevados níveis de impunidade, afastam ainda mais o comportamento colaborativo.

Steven Klepper, e outros, por exemplo, analisaram os riscos inerentes aos programas de *compliance* fiscal, demonstrando que a intimidação de um processo penal apenas aliena o contribuinte da cooperação com o Fisco, precisamente porque “o medo da detecção pode agir como uma intimidação para *non compliance*”,⁵⁰⁴ justamente porque as operações fiscalizatórias, se desacompanhadas de priorização clara e de colaboração adequada por parte do contribuinte, podem acabar ter seu potencial reduzido à criação de ambiente de aversão ao risco. Veicula-se a ilusão de que a confiança nas jurisdições, a alta reputação de determinadas instituições bancárias e programas de *compliance* “efetivos” reduziriam as chances de reprodução dos valores “sujos”. Semelhante alegação deve, contudo, ser vista com cautela, pois isso parece vinculado, também, a uma lealdade a se esperar do próprio Estado.

Para deixar a interpretação ainda mais complexa, a Lei de Repatriação segue a mesma desorientação nacional quanto à utilidade do sistema de sanções para os programas de *compliance*.⁵⁰⁵ Talvez não seja por outra razão que se reduza a importância da nova Lei à “finalidade meramente arrecadatória”, sem refletir sobre sua real importância em termos de governança tributária e estabilização das instituições fiscais. A desarticulação entre iniciativas privadas, fiscalizadores e reguladores representa não apenas o risco do processo penal, mas a perda de oportunidade de aportar melhorias significativas na justiça fiscal e penal. Enquanto isso não se verificar, portanto, as noções arrecadatórias hão de imperar.

Em função disso, poder-se-ia sustentar que espontaneidade e voluntariedade da colaboração resumem-se ao jogo entre declarante e capacidade de detecção por parte das autoridades competentes e dos órgãos de *law enforcement*. Assim como tradicionalmente está inscrito nos cânones da teoria jurídica, colaboração

⁵⁰⁴ KLEPPER, Steven; NAGIN, Daniel. Tax compliance and perceptions of the risks of detection and criminal prosecution. *Law & Society Review*, 23/1989, pp. 214 e ss.

⁵⁰⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo; RODRÍGUEZ, Víctor. Persecución penal de la corrupción en el marco brasileño: desde las transformaciones del delito de cohecho hasta la nueva mirada sobre la corrupción empresarial. *Revista de Estudios Brasileños*, 3/2016, pp. 154 e ss.

se substitui por coerção. Mas não a coerção que orienta o comportamento da pessoa como ser racional (*Vernunftswesen*)⁵⁰⁶ a estruturar normativamente a sociedade – porque é mais racional viver em sociedade organizada do que se submeter à desorganização social. E, sim, uma coerção que convive com a impunidade de estratégias enganosas que valem da desorganização para mover ambiciosas estratégias que revertem planejamento funcional da tributação em máximo valor agregado. Na ausência de honestidade da colaboração e da certeza na coerção, abre-se espaço para a severidade da resposta coercitiva.

Não basta a intensificação da cooperação internacional. Seria necessária uma mais consistente capacitação das instituições no Brasil, não apenas para compreender a dinâmica da colaboração com o Fisco, mas para situar o Fisco como elemento essencial das estruturas de governança fiscal. Muitas vezes, pode acontecer que a declaração enganosa nem sempre seja desonesta ou moralmente desestruturada. Pode acontecer que os indivíduos apenas estejam protegendo suas liberdades pessoais diante da incerteza da reação das autoridades competentes na nova lei, minando, assim, tudo o que se concebe – sem verificação empírica – como confiança, transparência e efetiva cooperação. Daí a se falar de uma necessária e esperada lealdade. De todo modo, com isso, quer-se dizer que se o que de fato se pretende

⁵⁰⁶ Toma-se emprestada da filosofia do direito alemã a noção de “ser racional” (*Vernunftswesen*) para referir-se à racionalidade intrínseca a cada pessoa que a orienta na constituição de seu comportamento perante si mesma e as mediações da vida em sociedade, determinando não apenas seu espaço de liberdade pessoal, mas também constituindo os seus vínculos com os deveres. (...) Apoiando-se no conceito clássico de *pessoa* desenvolvido por Hans Welzel (que definitivamente não se limita à representação formal de “destinatário da imputação” – *Zurechnungsendpunkt*), Günther Jakobs situa a pessoa no epicentro da estruturação normativa da sociedade, na medida em que ela reconhece a própria ordem que é constituída: “(...) die Sozialordnung müsse den Menschen als Person anerkennen, wenn sie anderes als schierer Zwang sein soll, nämlich einsehbare Pflicht. Das Postulat hat eine Kehrseite: Die Person muss ihrerseits die Sozialordnung im Großen und Ganzen anerkennen oder doch jedenfalls nicht konterkarieren; ansonsten bleibt der Gesellschaft nur Zwang”, JAKOBS, Günther. Zum Begriff der Person im Recht. In: KORATH, Heinz et al (org). *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2010, p. 83.

é a autenticidade⁵⁰⁷ no comportamento do declarante, sendo preciso que as instituições condicionem o exercício desta autenticidade.

A Lei também coloca em questão a questão da moral e a condução da verdade no curso do processo penal. A percepção da moral fiscal fica aturdida, já que produz uma sensação generalizada de “se não declarar agora, sempre haverá uma nova oportunidade” para se declarar. Bastaria somar certa dose de paciência ao planejamento tributário ostensivo, porque, com também genérica a percepção, sempre haveria uma lei futura que viria a anistiar a manipulação enganosa da declaração. Mas é claro que nem sempre é assim. No ordenamento jurídico brasileiro, as situações de anistia têm se mostrado excepcionais e orientadas pelo regime de necessidade de recepção, reestruturação ou superação.

A verdade, assim como lembra Pawlik (em recensão a Klaus Volk, *Die Wahrheit vor Gericht: Wie sie gefunden, und geschunden, erkämpft und erkaufte wird*, 2016), coloca em questão os fundamentos e as finalidades do processo penal. Cumpriria, tradicionalmente, ao processo penal encontrar este “tesouro escondido”, estabelecendo os limites normativos para reduzir as incertezas que o conhecimento não acessível à consciência humana nos deixa como legado.

Por isso é que a “verdade forense” seria uma verdade de “segunda classe”, desafiada pelas pretensões de verdade do processo penal. A verdade deve encontrar sua dimensão funcional como um constructo que conduz a juízos qualitativos que dependem da própria qualidade procedimental do processo penal, quer dizer, constitui elemento de convicção e prova na exata medida em que seu sentido é legitimamente conduzido no curso do processo.⁵⁰⁸ Mas esta dimensão construtivista, a seu tempo, também não se mostra tão simples assim. Os estudos construtivistas ainda estão longe de acertar as contas com os dilemas trazidos pela juridificação (*Verrechtlichung*). Amarrada à velha cisão kantiana entre dever moral e dever jurídico, falta a doutrina jurídica sofisticada para dar conta da condução de problemas morais

⁵⁰⁷ Cf. LAUFER, William. Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza. In: CENTONZE, Francesco et al (org) *La responsabilità 'penale' degli enti: dieci proposte di riforma*. Bologna: il Mulino, 2016, *passim*.

⁵⁰⁸ PAWLIK, Michael. Wie viel Wahrheit brauchen wir? *FAZ*, 17.11.2016.

trazidos pela verdade no procedimento⁵⁰⁹. Pawlik, no entanto, critica a perspectiva do livro recenseado, precisamente por manter intacta a anacrônica concepção da verdade na doutrina jurídica. A provocação de Pawlik é mais do que pertinente, afinal, seria de se inquirir “quanta verdade é necessária?” De todo modo, parece fundamental semelhante verificação para se determinar a diferenciação entre a declaração de verdade suficiente e a autêntica, em contraposição à enganosa⁵¹⁰ ou ao comportamento não-colaborativo, sonegador da verdade.

Sob firme condução da filosofia hegeliana, Stephan Stübinger articula as noções de ideia, direito e liberdade para determinar as relações entre direito e verdade. Stübinger vai fundo na questão da capacidade de verdade (*Wahrheitsfähigkeit*) das normas jurídicas, explorando com inteligência as condições possíveis da relação entre direito e verdade. Desde esta percepção, suscita dois principais no âmbito da decisão e no âmbito da sistematização das normas jurídicas. O plano da decisão é anterior ao Direito, mas sua reconstrução permanece dependente das instituições jurídicas e de sua formalização no curso do processo. Já no que diz respeito ao problema da escolha e emprego do direito como sistema de regras em caso concreto – a partir do que precisamente exsurge a questão de se estamos falando na condição de verdade de um conhecimento jurídico –, a solução correta em vista do caso concreto não deixa de ser contingente em função do contexto decisório.⁵¹¹ Assim, para Stübinger, o problema é, se é possível falar em contexto de um juízo normativo, em relações entre formas de conhecimento e elementos empiricamente verificáveis, de tal forma a conduzir o sentido da sanção que seja uma consequência jurídica possível e verdadeira; vale dizer, encontrar a “verdade da sanção”

⁵⁰⁹ Cf. o fato de que, originalmente, a noção de juridificação (*Verrechtlichung*) foi trazida das observações sociológicas de Günther Teubner para o processo penal, em FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 94.

⁵¹⁰ Cf. PAWLIK, Michael. *Wie viel Wahrheit...* Op. cit., *passim*.

⁵¹¹ Cf. STÜBINGER, Stephan. *Das 'idealisierte' Strafrecht*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2008, pp. 504 e ss. Cf., também, o estudo sobre o processo penal e as estruturas do delito, HAAS, Volker. *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur: Zur Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Staatsanwaltschaft und erkennendes Gericht im deutschen Strafverfahren*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, *passim*.

(*Sanktionswahrheit*)⁵¹² que seja equivalente à verdade construída no trâmite processual.

No particular caso da Lei de Repatriação brasileira, a noção de “verdade construída” na declaração é essencial para se identificar os problemas penais. A interpretação deve se orientar pela ideia de planejamento claro e suficiente, em que se demonstra um convincente fluxo de informação, comportamento autêntico na declaração. Não é o aumento no fluxo de informação que promoverá a melhoria do Sistema de Justiça criminal brasileira. A estratégia mais idônea de partir da repatriação oferecida pela Lei passa suficiência de informações declaradas ao Fisco e pela efetiva demonstração da idoneidade da colaboração com o Estado na prestação destas informações. O verdadeiro risco penal consiste na manipulação enganosa das declarações, por um lado, e na instabilidade das instituições para promover a devida fiscalização, por outro.

Algumas das recomendações de especialistas no mercado tem se veiculado a noção de que apenas a “verdade declarada” representaria fundamento válido no processo penal, como se fosse possível acreditar que as estratégias de *law enforcement* não seriam dinâmicas. As autoridades competentes têm evidenciado idoneidade e se acredita na implementação do não-compartilhamento de informações declaradas. Porém, a se pensar na complexa dinâmica do cotidiano institucional brasileiro as dimensões são tão desproporcionais que, na maioria das vezes, podem, simplesmente, fugir ao controle de seus responsáveis. Mostra-se difícil, assim, acreditar em “plena” preservação do sigilo de informação, restrição das investigações a informação declarada (bastaria com buscá-la por outros meios suficientemente idôneos), devendo ser clara a ilegalidade de contornos à tais restrições.

É bem possível diferenciar, então, a verdade autêntica (derivada de comportamento autêntico e colaborativo, que não omite proveniência ilícita de recursos), de verdade enganosa (comportamento não-colaborativo, que sonega a verdade e a proveniência reprovável da declaração). A partir desta diferenciação, permite-se operacionalizar de forma um pouco mais segura a repatriação, com um pouco mais domínio do conhecimento sobre as condições de implementação no

⁵¹² STÜBINGER, Stephan. *Das idealisierte...* Op. cit., p. 506.

âmbito das autoridades competentes e do contexto que estimula a adesão aos programas.

Em outra oportunidade, já foi ponderado sobre o regime de veracidade das informações, atrelado à “garantia dada a todo cidadão de não fazer prova contra si e de não se autoincriminar”,⁵¹³ construindo os princípios necessários para a verificação de direitos: princípio de veracidade; princípio de lealdade; princípio de confiança.⁵¹⁴ Nesse sentido, tem-se que “poder-se-ia afirmar que aquele que presta determinada informação voluntária o faz baseando-se, face aos limites de sua esfera jurídica, no que dispõe de conhecimento, o que evidencia uma veracidade subjetiva de sua parte ao alegado como sendo uma atuação responsável. Isso implica, pois, uma lealdade esperada no eventual âmbito econômico, bem como na expectativa de que o que lhe foi afirmado consiste na verdade em termos dos dados que lhe são postos. Por isso, em com a pretensão de evitar um vício em prova inicialmente formada pelo próprio ato do declarante, o Estado assegura que única e tão somente essa informação presta não pode servir de base para uma investigação criminal. A infração a tais expectativas, por outro lado, tende, sim, a criar um risco que pode ser típico e que pode implicar sua eventual responsabilidade penal. Nesse caso, ter-se-ia presente não só a ingerência do garante ao não prestar as informações adequadas, como também, o ilícito preexistente no quadro momento (T-2). Mesmo assim, a conformação da jurisprudência nacional sobre o tema mostra-se, no mínimo, insegura, caso não se entenda por um balanço ideal entre os já mencionados dever (positivo) de declarar e direito a não autoincriminação”⁵¹⁵. Esse, também um ponto de necessária observação.

⁵¹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei de repatriação (1ª Parte)...Op. cit., p. 164.

⁵¹⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei de repatriação (1ª Parte)...Op. cit., p. 180 e ss.

⁵¹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei de repatriação (1ª Parte)...Op. cit., pp. 186 e ss. Sobre a configuração do dever positivo, Silveira esclarece que “de um lado, ele (o contribuinte) tem o dever de não ocultar a existência de determinados depósitos bancários no exterior, o que, em si, se mostraria como um fato punível. Por outro lado, o autor te como dever positivo a comunicação de tais depósitos, principalmente em um momento de regularização, estabelecendo, derradeiramente, um dever de lealdade com o próprio sistema”, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei de repatriação (2ª Parte)...Op. cit., p. 216.

Mais importante de tudo é que a interpretação da Lei não pode deixar de considerar a integridade de determinadas medidas de reação defensiva e aversão ao risco que possam surgir, especialmente. Bastaria com reconhecer o princípio da simplicidade da informação, informando um nível suficiente como manifestação de autêntica⁵¹⁶ disposição à cooperação com o Fisco. A definição da normatividade penal da nova Lei deve encorajar a colaboração voluntária não seja desnaturada, vulnerando liberdades pessoais e neutralizando direitos fundamentais no trâmite processual. Por isso é que se espera do Judiciário, ao interpretar os problemas penais decorrentes que se leve em consideração as medidas apresentadas no sentido de verificação de uma colaboração efetiva, definitivamente motivada pela lógica que impulsionou a própria Lei (*v. supra*).

A maior expectativa é que se possa adquirir uma consistente capacidade regulatória no Brasil, condicionando o livre exercício da autorregulação empresarial sem a necessidade de recorrer à mentalidade obsessiva pelo controle penal ou por mecanismos ostensivos de *law enforcement*. No momento, a experiência doméstica parece reproduzir equívocos da vizinha Argentina,⁵¹⁷ fracassando, verdadeiramente, em beneficiar os contribuintes com maior universalidade.⁵¹⁸ Uma das grandes dúvidas, nesse sentido, parece, portanto, ser a qual exemplo

⁵¹⁶ A *autenticidade*, assimilada a partir do conceito elaborado por William Laufer, tem alcance mais amplo, é uma proposta mais contundente e definitivamente orientada à responsabilidade penal das empresas a partir da culpabilidade construtiva (*constructive culpability*). Autenticidade é uma das principais métricas formuladas por Laufer para indicar o real compromisso da empresa com a cooperação. Cf. LAUFER, William. Inautenticità... Op. cit., p. 23. No Brasil, a adstringência da atribuição de responsabilidade penal limitada ao âmbito empresarial não apenas frustra as expectativas regulatórias, como também impõe a crítica à literatura nacional que reclama o reforço punitivo e medidas de *individual accountability*.

⁵¹⁷ Cf., sobre o caso argentino, por exemplo, <http://www.politicargentina.com/notas/201701/18667-de-los-us-97842-millones-blanqueados-solo-se-depositaron-us-7200-en-el-pais.html>; <http://www.politicargentina.com/notas/201701/18667-de-los-us-97842-millones-blanqueados-solo-se-depositaron-us-7200-en-el-pais.html>; <http://www.lanacion.com.ar/1973624-preven-un-fuerte-ingreso-al-blanqueo-desde-uruguay-por-la-reciente-ley-de-ese-pais-que-fijo-el-fin-del-secreto-bancario>.

⁵¹⁸ <http://nuso.org/articulo/andres-wainer-los-beneficiarios-del-blanqueo-son-los-grandes-empresarios-que-fugaron-capitales-en-masa/>

irá, a realidade nacional, a derradeiramente vincular-se. Qualquer que seja a opção, contudo, não deve ela, ou pode, lastrear-se em questões simplistas ou em mera expectativa punitivista, devendo, mesmo, ter premissas outras.

4. SIGILO E OS CENTROS *OFFSHORE*

De outra sorte, é de se verificar que a questão do sigilo fiscal se encontra no epicentro dos debates sobre a economia política internacional, deixando os penalistas no mínimo perplexos. Se bem que, central para uma concreta proteção das liberdades pessoais essenciais, o sigilo é o elemento condutor da “ordem social do submundo”.⁵¹⁹ No âmbito penal, Tiedemann foi quem também se deu conta da necessidade de priorização político criminal em torno do problema do sigilo e dos centros *offshore*,⁵²⁰ reconhecendo que o enfrentamento

⁵¹⁹ Na literatura, há ricos manifestos sobre a infiltração da “economia das sombras”, remontando a suas origens na relação “incestuosa” entre a máfia e o Estado. Cf., por exemplo, GROSSMANN, Herrschel. *Rival kleptocrats: the Mafia versus the State*. In: FIORENTINI, Gianluca et al (org). *The Economics of Organized Crime*. Cambridge: Cambridge Press, 1995, *passim*. Mais sobre esta “economia das sombras”: “A common definition of the shadow economy is that it includes all economic activities that contribute to the officially calculated gross national (or domestic) product but that are not included in these accounts. Relatedly, the shadow economy could be defined as all market-based but unreported income from the production of legal goods and services, either from monetary or barter transactions, which would normally be taxable if they were reported to the tax authorities. Other definitions are of course possible. A particularly useful formulation by Schneider (2005) defines the shadow economy as all market-based legal production of goods and services that are deliberately concealed from public authorities to avoid payment of income, value added or other taxes, to avoid payment of social security contributions, to avoid certain legal labor market standards (e.g., minimum wages, safety standards), or to avoid certain administrative procedures (e.g., completing statistical questionnaires)”, SCHNEIDER, F. (2005). *Shadow economies around the world: What do we really know?* *European Journal of Political Economy*, 21/2005, pp. 598 e ss. Cf., também, intrigante estudo sobre a organização do submundo no ambiente prisional – que, é verdade, tem muito a ensinar sobre o mundo para além das grades – em SKARBEEK, David. *The social order of the underworld: how prison gangs govern the American Penal System*. Oxford: Oxford Press, 2014, *passim*.

⁵²⁰ Cf., de modo amplo, BRAZ, Manuel Poirier. *Sociedades offshore e paraísos fiscais*. Lisboa: Petrony, 2013, *passim*.

do sigilo bancário e fiscal deveria ser a prioridade na prevenção às infrações econômicas, especialmente em matéria de delitos fiscais.⁵²¹ Tiedemann propõe, como solução prática, a adoção de convênio internacional que autorize o uso de informações a despeito da voluntariedade da declaração. Ainda que se possa duvidar de tamanha capacidade de articulação da sociedade mundial, tudo indica que o uso de informações à indiferença da voluntariedade segue em curso por meio de recomendações não-vinculantes, especialmente aquelas movidas por agências internacionais. São de se também ter, aqui, em conta as palavras de Silva Sánchez quando afirma a necessidade de se buscar evitar, em um universo de globalização penal, a criação fictícia de paraísos jurídico-penais, os quais maculariam o sucesso de controles penais econômicos.⁵²²

A se pensar nas modernas técnicas de investigação e intensificação das estratégias de Justiça penal colaborativa, é possível, inclusive, conferir maior especificidade ao argumento. Como tem sido cada vez mais recorrente o emprego da verdade como estratégia de negociação no processo penal, fazendo dela real mercancia, o que se deve proteger, de fato, são as comunicações colaborativas da verdade autênticas e suficientes. Do contrário, as formas de ocultação da verdade, a manipulação de deveres e liberdades pessoais, e o uso de estratégias de governança e *compliance* para iludir o Fisco, afetam de forma intolerável a essência voluntária da declaração da verdade e criam espaços de justificação moralizante do “resgate da justiça fiscal” por parte de autoridades competentes e órgãos acusadores.

⁵²¹ TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht...* Op. cit., p. 142.

⁵²² O alerta diz respeito ao fato de que “el objetivo fundamental del Derecho penal de la globalización es, como se ha indicado al principio, eminentemente práctico. Se trata de proporcionar una respuesta uniforme o, al menos, armónica a la delincuencia transnacional, que evite la conformación de paraísos jurídico-penales. La existencia de tales paraísos resulta, especialmente disfuncional cuando se trata de combatir una modalidad de delincuencia, en la que el lugar y el momento de intervención de los principales responsables de las organizaciones pueden resultar perfectamente disponibles.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: BdeF, 2011, p. 92.

O sigilo nos centros *offshores* parece, assim, causar grande desequilíbrio nas finanças e na capacidade de arrecadação dos países, afetando, especialmente, países em desenvolvimento em que as jurisdições apresentam maior instabilidade institucional.⁵²³ A discussão também atinge a Lei brasileira, havendo significativa pressão para incluir *offshores* no âmbito normativo da Lei.⁵²⁴ Isso porque seria de se suspeitar que poderiam haver muitas outras futuras “rodadas” de repatriação, sempre em busca de um (admirável) mundo novo, no qual deveria imperar, sempre, a clareza de informações.

Historicamente, verdade e sigilo evidenciam um poderoso uso político e encontram nos paraísos fiscais um *locus* privilegiado. O impacto dos paraísos fiscais na história moderna está para muito além do simples impacto na alocação de recursos internacionais. A cumplicidade dos paraísos fiscais com a geopolítica internacional é simplesmente fascinante e a reavaliação crítica do papel do sigilo bancário e fiscal pressupõe a compreensão de suas determinantes históricas.

Um dos documentos históricos mais reveladores foi elaborado pela “Comissão Bergier”, conduzida na Suíça, em 1996, pelo historiador econômico Jean-François Bergier. A comissão teve por finalidade colher e sistematizar as evidências sobre a cumplicidade das instituições financeiras suíças no financiamento (produção de armas, sistema monetário e políticas de refugiados) e ocultação de riqueza ilícita (como ouro, moeda, obras de arte, dentre outros) expropriada durante a Segunda Guerra Mundial. O “Relatório Bergier”, documento

⁵²³ Avi-Yonah também se vale da instabilidade das jurisdições como parte integrante da operação das *offshores*, classificando outras distinções de paraíso fiscal: “A production tax haven is a jurisdiction that grants a tax holiday to foreign production facilities located therein, but still levies an income tax on domestic corporations and individual residents. This type of haven differs from the traditional offshore tax haven, which has no corporate income tax (and sometimes no significant tax at all). This distinction is crucial because it means that a foreign investor in a production tax haven can enjoy the benefits of government services, which the government finances by taxing relatively immobile factors of production such as labor and land, while the investor itself pays little or no corporate income tax”. AVI-YONAH, Reuven. Globalization... Op. cit., p. 1.588.

⁵²⁴ Cf. LACERDA, Nelson. É fundamental incluir *offshores* na ‘repatriação’ de 2017. *Conjur*, 18.12.2016.

produzido pela Comissão⁵²⁵ dedicou quase 600 páginas para investigar as razões “louváveis” que levaram à consolidação do sigilo fiscal na Suíça. Da mesma forma como se argumenta, hoje, que a maioria dos clientes suíços são moralmente irrepreensíveis, já que somente haveriam depositado seu dinheiro na Suíça para escapar da instabilidade ou opressão em seus respectivos países. Na interpretação crítica de Zucman, evidencia-se no entanto, que “casi el 60 por cento de las fortunas administradas por las entidades helvéticas pertenecen hoy en día a residentes de la Unión Europea; así, esta afirmación resulta tanto más engañosa que la precedente”, ironizando o fato, a não ser – afirma – que se considere tal bloco europeu como uma ditadura.⁵²⁶

Em sentido próximo, Daniel Ellsberg ocupou-se dos *Pentagon Papers*, outro poderoso documento bastante revelador sobre histórias “não contadas” do sigilo. Ellsberg, assim, analisa em várias passagens a forma pela qual o sigilo operou e permitiu a cumplicidade com a Guerra contra o Vietnã, em 1971, nos estudos conhecidos por haver “lifted the lid on the US War on Vietnam”.⁵²⁷ Contudo, foi mais recentemente que o uso político atingiu dimensões espetaculares, repercutindo em dimensões globais com os aludidos *Panama Papers*. Bastian Obermayer e Frederik Obermayer⁵²⁸ apresentam, nesse esteio, impactante análise sobre como a espionagem secreta dos cidadãos desafia as fronteiras da privacidade na era digital. Reforçam os autores a tese de que o sigilo da indústria *offshore* é parte essencial do sistema econômico, demonstrando, em detalhes, as operações entre o escritório panamenho Mossac Fonseca e as operações com os “clientes escusos da empresa” (*firm’s shadowy clients*). A operação, considerada como

⁵²⁵ Segundo apontado por Zucman, “(...) la ley del secreto bancario que entró en vigor en 1935 tenía un objetivo ‘humanitario’: habría sido aprobada para proteger a los judíos que huían de las expoliaciones. (...) la ley que lo instituye fue votada en los años treinta para ayudar a proteger los ahorros de los judíos perseguidos”, ZUCMAN, Gabriel. *La riqueza escondida...* Op. cit., pp. 29 e ss.

⁵²⁶ ZUCMAN, Gabriel. *La riqueza escondida...* Op. cit., p. 31.

⁵²⁷ ELLSBERG, Daniel. *Secrets: a memoir of Vietnam and the Pentagon Papers*. New York: Penguin, 2002, pp. 199 e ss.

⁵²⁸ Cf. OBERMAYER, Bastian; OBERMAYER, Frederik. *The Panama Papers: breaking the story of how the rich and powerful hide their money*. London: Oneworld, 2016, *passim*.

“the biggest leak ever and far larger than the top-secret Snowden Files”⁵²⁹ expôs publicamente o nome de 214.000 empresas *offshores*, nomes de credores reais ou beneficiários, além de digitalização dos passaportes (além de, no Brasil, particularmente tenham se dado por conhecer operações suspeitas da Embraer).

Pelo exposto, é de se perceber que a análise de documentos e *papers* históricos permite evidenciar que as operações *offshore*, em verdade, compõem engrenagens essenciais para o funcionamento do capitalismo financeiro. Desde o surgimento e evolução histórica do negócio bancário, o sigilo demonstrou sua ambiguidade na cumplicidade com regimes autoritários, acarretando danos sociais terríveis (como nos casos da Irlanda e do Chipre), além de exerceram verdadeiro protagonismo na crise financeira dos *subprime*, em 2008. Se pode haver algum consenso na criminologia econômica é o de que “el dinero siempre hallará un puerto seguro: si atacamos aquí, se irá más allá”.⁵³⁰

Verifica-se, assim, que se mostra até cabível a colocação de que, ou bem se progride e avança para um modelo de arrecadação que combine declaração voluntária e autêntica com justa tributação e clareza na acomodação de interesses entre Estado e contribuinte, ou se continuará perseguindo, utopicamente estratégias de política fiscal que podem gerar, derradeiramente, duas consequências deletérias. De um lado, o comportamento omissivo por parte do contribuinte (que se escudará no sigilo); de outro, a obsessão das medidas de *law enforcement*, que seguramente devem vulnerar o sigilo para atingir suas metas.

Daí porque a mediação do sigilo nos parece tão decisiva. Há muito que ser desenvolvido em termos de regulação dos paraísos fiscais, caso a ideia seja mesmo superar a grande retórica dos países e da OCDE. Segundo ela, ao receber a investida dos grandes países em busca de novos ingressos financeiros depois da crise financeira, prometeram abandonar o segredo bancário, além do que, as multinacionais asseguraram que pagariam suas dívidas.⁵³¹

⁵²⁹ Cf., em detalhes sobre a questão, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei de repatriação (2ª Parte)...Op. cit., p. 226 e ss.

⁵³⁰ ZUCMAN, Gabriel. La riqueza escondida...Op. cit., p. 11.

⁵³¹ “(...) los paraísos fiscales nunca gozaron de mayor salud que en la actualidad. Las ‘batallas ganadas’, omnipresentes en los discursos, no se ven reflejadas en los

Sigilo bancário, para muitos, “no es otra cosa que una forma solapada de subvención que ofrece a los bancos *offshore* la posibilidad de expoliar a los gobiernos vecinos. Nada en la lógica del librecambio justifica ese robo”.⁵³² Apesar de se mostrar como garantia em muitos sentidos, hoje parece, inegavelmente, mitigada. Com as noções de sigilo fiscal a lógica não é muito diferente, justamente porque a convivência com a evasão gera aumento da dívida pública. O enfrentamento (não necessariamente penal) da evasão demanda uma mais séria intersecção entre impunidade e injustiça fiscal. Inclusive, poderia considerar o raciocínio elementar de que maior controle sobre a evasão poderia servir para redução da carga tributária, com melhor capacidade distributiva do Estado.

A proposta de Zucmán se bem é certo que corre o risco de perder especificidade com o “imposto ao capital”, abarcando a “otimização fiscal das grandes multinacionais”, também é certo que oferece investigações empíricas consistentes para se repensar os tipos de coalização internacional e diferenciação das modalidades sancionatórias.⁵³³ Mesmo assim, o problema não se reduz à questão do

números. La impunidad de los evasores es casi total”, ZUCMAN, Gabriel. La riqueza escondida... Op. cit., p. 12.

⁵³² ZUCMAN, Gabriel. La riqueza escondida... Op. cit., p. 14. Talvez por esta razão Zucman seja favorável ao imposto global progressivo sobre as fortunas: “El plan de acción tiene, por último, una dimensión específicamente económica. Incluso si el secreto bancario desapareciera por completo, no faltarían motivos para temer que la injusticia fiscal perdurase, dado que los más ricos tienen muchos otros medios legales e ilegales para pagar pocos impuestos, y las multinacionales manipulan sus ganancias para hacerlas aparecer allí donde no estén gravadas”. Fortemente influenciado pelas ideias de Thomas Piketty, Zucman arremata: “Los gobiernos abandonarían la ambición de gravar la riqueza porque temen que sea ocultada. Ahora bien, ese riesgo puede neutralizarse. El registro financiero mundial que este libro propone instaurar es una arma implacable contra el disimulo. El Fondo Monetario Internacional dispone de medios técnicos para crearlo a corto plazo. Una vez implementado, el registro permitirá deducir un gravamen sobre el capital que pondrá fin a la evasión de los ultrarricos. Con la desaparición de la opacidad financiera, los Estados recuperarán la soberanía que les fue arrebatada por los paraísos fiscales y, con ella, los medios para actuar contra el estallido de las desigualdades”. ZUCMAN, Gabriel. La riqueza escondida... Op. cit., p. 15.

⁵³³ Cf. AVI-YONAH, Reuven; XU, Haiyan. Op. cit., pp. 12 e ss.

sigilo, requer solução mais ampla e maior articulação dos *stakeholders* na condução da política fiscal.⁵³⁴

Apesar dos avanços na política internacional de controle e prevenção às infrações econômicas, há uma série de questionamentos remanescentes. Seguem muitas dúvidas se o mais adequado (desde a perspectiva da política econômica mais elementar), ao invés da técnica de incentivos de anistia,⁵³⁵ não seria o aperfeiçoamento institucional e sério enfrentamento do sigilo fiscal⁵³⁶ como condições para o desenvolvimento socioeconômico, já que, em raciocínio igualmente elementar, não há evidência convincente de que a repatriação possa promover melhorias significativas no ambiente ético e capacitação dos agentes de mercado. Seja como for, por agora já seria decisivo que se identifiquem os limites precisos da investigação a partir da Lei

⁵³⁴ A questão é pensada por Avi-Yonah de outra forma, talvez mais “realista”: “The government should be able to levy sufficient taxes to fulfill its share, and can also try to use both taxing and spending to induce private entities to address those problems. But for the best outcome, it seems crucial to leave corporations free like private individuals to attempt to address problems not of their own making, even if no shareholder benefit ensues. Adopting the real view of corporations, which also strikes me as the most realistic view, seems to be the best way towards this goal”. AVI-YONAH, Reuven. CSR and strategic tax behavior: corporations, society and the State: a defense of the corporate tax – Too big to tax? Vanguard and the arm’s length standard. *Law and Economics Working Paper Archiv*, 2006, pp. 25 e ss.

⁵³⁵ “Cualquier forma de amnistía debería estar vedada: sería inaceptable que la ley no se aplicase a los ricos y poderosos. En términos ideales, la administración fiscal debería tratar cada caso en su singularidad, determinar las rectificaciones previstas por la legislación (en función de la suma de los impuestos evadidos, la duración del fraude, etc.) y dar curso a las acciones penales que correspondan”, ZUCMAN, Gabriel. *La riqueza escondida...* Op. cit., pp. 71 e ss.

⁵³⁶ Zucman chega a generalizar, “ninguna solución al problema del fraude fiscal debería basarse sobre la supuesta buena de estos últimos”, ZUCMAN, Gabriel. *La riqueza escondida...* Op. cit., p. 35. Não faz mais do que repor a velha lógica, de que a falta de certeza da punição gera a necessidade de severidade na coerção, justificando, por parte dos fiscalizadores, soluções intransigentes, que impõem restrições a liberdades pessoais, como nas práticas de *naming* and *shaming* nos EUA. Moreover, it seems unlikely that a sanctions regime can be applied to all tax havens at once. AVI-YONAH, Reuven; XU, Haiyan. Op. cit., p. 20.

de Repatriação de ativos, superando os desafios da baixa utilidade do sistema de sanções.⁵³⁷

No Brasil, há muito já se poderia iniciar a revisão dos padrões normativos e mais uma séria investigação empírica sobre o papel dos paraísos fiscais. Por agora, no entanto, já bastaria com alcançar maior clareza sobre o conteúdo penal da nova Lei e suas consequências no âmbito da investigação penal. Seria razoável esperar que as estratégias acusatórias que apostam no incremento do intercâmbio de informações, estabeleçam as prioridades para dar conta do problema de *information overload*, adquirindo conhecimento especialização para articular o que seria um nível suficiente e idôneo de informações. O Judiciário deve reforçar seus mecanismos de proteção do sigilo de informações e redefinir, também no nível de priorização, o que será considerado como declaração “honestas, porém imperfeitas” e “omissão de declaração dada a proveniência ilícita”. Seria a melhor forma de estimular o comportamento colaborativo autêntico do contribuinte, incidindo na limitação de iniciativas de *mandatory disclosure* em medida bem proporcional à espontaneidade.⁵³⁸

⁵³⁷ A crítica à Lei Anticorrupção guarda bastante semelhança com a concepção da anistia tal qual formulada na lei atual: “Las medidas sancionadoras, no solamente las más gravosas, además de posibilitar la atribución de responsabilidad administrativa y civil a las empresas de forma autónoma y también a los individuos en la medida de su participación punible, en verdad, no permiten evidenciar análisis más profundos en cuanto a la calidad esencial de una restricción de derechos y la propia relación que el particular o la empresa tienen, con sus comportamientos, frente a la obediencia de deberes. En lugar de eso, la novedosa legislación brasileña se limita a un análisis, superficial, de los incentivos, bien al gusto de las teorías del *carrots and sticks*, sin la necesaria comprobación de su potencial regulatorio, su capacidad disuasoria de las infracciones económicas o incluso de los beneficios de las estructuras de incentivos como estímulo para la colaboración voluntaria con el Estado”. SAAD-DINIZ, Eduardo; RODRIGUEZ, Víctor Gabriel. Persecución penal de la corrupción... Op. cit., p. 155.

⁵³⁸ Tem insistido na tese de que a falta de espontaneidade no comportamento colaborativo acaba cedendo espaço para justificação moral de vulneração de liberdades pessoais e operações investigatórias “obsessivas”: “Esta evaluación crítica en lo que dice respecto a lo que hay de más substancial en la ética entre los *players* de mercado y en el equilibrio regulatorio nos autoriza, creo, a encontrar medidas precisas de identificación de las prácticas *window-dressing* de *compliance*. Tenemos desarrollado una serie de indicadores que deslegitiman

5. O PROBLEMA PENAL NO RERCT 2

Na original Lei nº 13.254/2016 (RERCT 1), com sua posterior atualização com a Lei nº 13.428/2017 (RERCT 2), recobra-se a relevância de determinadas condutas para a possível caracterização de injustos penais.⁵³⁹ Valendo-se da expressão “Direito Penal Econômico alargado”, estudos anteriores já demonstraram as repercussões penais,⁵⁴⁰

y tornan tan poco interesante las tesis de *compliance* en Brasil: (1) baja utilidad del sistema de sanciones impuesto por el cuadro regulatorio brasileño o por la obsesión punitiva de las legislaciones extraterritoriales; (2) problemas de *law enforcement*, en escenario institucional instable, con falta de articulación entre órganos reguladores y agentes fiscalizadores; (3) elevados costos de *compliance* en función de ‘exceso regulatorio’ y falta de fundamentación científica de la efectividad en la implementación de los programas; (4) crisis presupuestaria en la empresa motivada por crisis de conjuntura; (5) falta de conocimiento en relación al retorno de los inversores en *compliance*; (6) falta de demostración de ventaja competitiva de la implementación de los programas; (7) desconocimiento generalizado del mercado con respecto a las *best practices*; (8) recusa – y cierto conservadorismo – del empresariado en descentralizar procedimientos de gestión y *decision-making*; (9) conducción empresarial se apoya en buena performance de *self-regulation* y movilización de *stakeholders*, lo que dispensaría innovaciones de *compliance*; (10) creencia de que otros controles y auditorias ya cumplirían la función preventiva, sin impacto en la performance institucional”, SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance culture* y dilemas de cultura organizacional: reflexiones para una agenda latinoamericana. CALCINA HUANNCO, Aldo *et al* (org) *Estudios de responsabilidad penal de la persona jurídica y criminal compliance* (no prelo).

⁵³⁹ Davi Tangerino esquematiza as hipóteses de configuração de conduta típica: “(i) evasão de divisas, ou seja, efetuou operação de câmbio não autorizada com a intenção de tirar dinheiro do país, ou, ainda, promoveu a saída de moeda sem autorização legal (por outro meio que não operação de câmbio) (art. 21, caput, e parágrafo único, primeira parte, da Lei n. 7.492/86); (ii) manutenção de depósitos não declarados ao Banco Central em valor superior a US\$ 100.000,00 no dia 31 de dezembro do ano anterior (art. 21, parágrafo único, in fine, da Lei n. 7.492/86, cf. jurisprudência predominante); (iii) omissão ou informação falsa na declaração anual de imposto de renda (art. 1o., da Lei n. 8.137/90), desde que tenha havido redução de crédito tributário; (iv) lavagem de dinheiro, a depender do uso de estruturas usadas para ocultar bem havido de recursos ilícitos (art. 1º, da Lei n. 9.613/98)”. TANGERINO, Davi. Vale a pena aderir ao programa de anistia de bens no exterior? *Jota*, 14.01.2016.

⁵⁴⁰ Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial... Op. cit., passim*. SÁ, Ana Luiza Barbosa. *Controle racional das normas de direito penal econômico*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, *passim*.

mediando o entendimento da nova lei a partir de considerações sobre a legislação norte-americana e sobre as dimensões criminais do programas de *tax compliance*.⁵⁴¹ Nota-se, assim, a preocupação com as novas fontes de legitimação de atribuição de responsabilidade penal, derivadas notadamente pelos apelos de agências internacionais à noção de “transparência fiscal mundial”, atribuindo a particulares a posição de garante – equivalendo a “fonte de perigo” – da evitação de determinadas condutas e comunicação de determinadas operações.

5.1. Lavagem de dinheiro

Afora os benefícios concedidos com determinadas regularizações, desde um ponto de vista de racionalidade penal, a interpretação da Lei de Repatriação de ativos requer redobrada atenção para os casos de lavagem de dinheiro. O relativo relaxamento na regulação do comportamento fiscal recomenda que as atividades de *enforcement* se concentrem em investigar possíveis condutas puníveis em hipóteses de efetiva seriedade. Não apenas pelos custos de uma investigação internacional, mas porque, para preservar a qualidade regulatória da estratégia nacional de repatriação de ativos lícitos, deve-se reservar a investigação penal a casos em que houve manifesta omissão de ativos de proveniência ilícita.

A proveniência ilícita no ordenamento jurídico-penal alemão permite estabelecer relações relevantes para o caso brasileiro. Parece não haver muito mais na doutrina penal do que a interpretação elaborada por Mark Zöller sobre a noção de proveniência. De fato, como ele próprio aponta, o mais importante não seria apenas identificar a relação causal entre objeto e comportamento de agente antecedente, mas, sim, delimitar com precisão as questões de prova da proveniência da ação antecedente, verificando possíveis vulnerações de direitos fundamentais, especialmente “presunção de inocência, com base no princípio da acusação, e por força dos limites do enunciado normativo”.⁵⁴² A declaração da proveniência constitui o momento

⁵⁴¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei de repatriação (1ª Parte)...Op. cit., pp. 143 e ss.

⁵⁴² Zöller esclarece os limites conceituais da questão: “Os fundamentos apresentados para a comprovação da ação antecedente ou proveniência de um objeto desta ação antecedente também valem, então, na hipótese – (...) –, conforme o § 261

decisivo para a demonstração da idoneidade da declaração e garantia de que o declarado não justifica a instauração de investigação penal para apurar eventual suspeição.

Para além da questão da proveniência, Alldridge combina regulação e estratégia de repatriação com inteligência nas iniciativas de prevenção à lavagem de dinheiro e cooperação internacional.⁵⁴³ A Lei de Repatriação de ativos alcança hipóteses em que a proveniência – direta ou indireta – esteja referenciada ao art. 5º, § 1º, I a VI, Lei nº 13.254/2016, mediante o devido acerto de contas com o Fisco (tributação, acrescida de multa). A lógica de incentivos está, portanto, limitada à declaração, não se estendendo à omissão em declaração.

Há, contudo, inegável certa confusão entre declaração imperfeita e ausência de declaração. A declaração imperfeita – especialmente por se tratar de matéria contábil, pendente de normativa complexa –, estaria acobertada pelo guarda-chuva da Lei de Repatriação, que no

Abs. 8 StGB de ação relevante para a lavagem de dinheiro dada no exterior. O § 261 Abs. 8 StGB apresenta unicamente uma extensão do âmbito de proteção com que também a administração da Justiça, em razão de vantagem internacional, está referenciada ao bem jurídico protegido no § 261 StGB. Também no que diz respeito à ação no exterior, a lavagem de dinheiro, no entanto, permanece apenas conforme o direito penal alemão e é julgada de acordo com as medidas processuais alemãs. É certo que o § 261 Abs. 8 StGB não atinge a correta classificação da ação antecedente ocorrida no exterior. Sem embargo, em consideração hipotética, esta ação antecedente deve corresponder ao mais claro possível enunciado normativo previsto como pressuposto no § 261 Abs. 1 StGB do direito penal alemão. Por conseguinte, os pressupostos de comprovação da ação antecedente devem corresponder a uma ação antecedente no direito interno. Da mesma forma quando se trata de uma ação no exterior como ação antecedente de lavagem de dinheiro, é indispensável que o Tribunal verifique concretamente a reprovação da lavagem de dinheiro”, ZÖLLER, Mark. Beteiligung an kriminellen und terroristischen Vereinigungen als Vortat der Geldwäsche. In: HEINRICH, Manfred *et al* (org). *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011: Strafrecht als Scientia Universalis*. Berlin: De Gruyter, 2011, pp. 1033 e ss.

⁵⁴³ ALLDRIDGE, Peter. Money laundering and globalization. *Journal of Law & Society*, 4/2008, p. 447. Cf., também, MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Ed. 34, 2004, *passim*. Cf., do mesmo modo, em recente sistematização da cooperação internacional em matéria penal, com detalhada analítica sobre a incidência de normas constitucionais, SAHIONE, Yuri. *Assistência mútua em matéria penal: e as penas vedadas no direito brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2015, *passim*.

art. 9º, § 3º, admite a correção e adequação da declaração idoneamente iniciada, sem prejuízo para a adesão ao RERCT. A possibilidade de correção mostra-se, portanto, tecnicamente, aceitável e tende a afastar a incidência da relevância penal, cabendo, por certo, eventual reconsideração dadas determinadas nuances.

Situação qualitativamente distinta é a omissão na declaração de ativos adquiridos por proveniência ilícita. Parece razoável a expectativa de investigação em relação a bens não declarados e que não tenham sido objeto de erro na declaração. Porque simplesmente deixar de declarar não pode ser confundido com declaração equivocada e escusável. Igualmente interessante, o papel da prevenção da lavagem de dinheiro merece atenção. Nos últimos cinco anos, tem-se experimentado enorme profusão de teses sobre os mecanismos de prevenção, especialmente no que diz respeito à implementação dos programas de *criminal compliance*. Os principais pontos de discussão têm oscilado em torno da configuração dos deveres de *compliance* e da utilidade dos programas para o sistema de sanção doméstico.⁵⁴⁴

A redação original da Lei nº 9.613/1998 já havia aberto as possibilidades para programas de *compliance*, pois obrigou as instituições financeiras e empresas de capital aberto ao dever de colaborar em investigações sobre lavagem de dinheiro e de criar sistemas de controle internos capazes de prevenir condutas que atribuam risco a integridade do sistema financeiro. No entanto, foi a partir da nova lei, particularmente impulsionada pelas discussões da AP 470, que a discussão sobre a composição dos deveres de *compliance* ganhou maior intensidade. As modificações estruturais mais significativas trazidas pela Lei nº 12.683, de 9.7.2012 a respeito consistiram: 1) identificar e cadastrar clientes (art. 10, inc. I); 2) registrar operações (art. 10, inc. II); 3) prestar informações requisitadas pelas autoridades financeiras (art. 10, inc. III); e, principalmente, 4) comunicar, *independentemente de provocação pelas autoridades* a prática de operações suspeitas de lavagem de dinheiro ou simplesmente valor elevado (art. 11).⁵⁴⁵

⁵⁴⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. cit., pp. 313 e ss.

⁵⁴⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. The New Money Laundering Law in Brazil: Understanding Criminal Compliance Programs. In: BRODOWSKI, Dominik *et al* (org) *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer, 2014, pp. 135 e ss.

Compliance, no entanto, não significa “blindagem patrimonial”.⁵⁴⁶ Antes, integra estratégias de aperfeiçoamento da gestão empresarial. Por isso é que os programas de *compliance*, a partir da profissionalização da gestão, podem melhor conduzir as operações de repatriação, servindo para incrementar a documentação e os mecanismos de proteção de interesses de terceiros. Mas não há na legislação doméstica (nem em termos de lavagem de dinheiro, nem mesmo em matéria anticoncorrencial ou anticorrupção) referência segura que permita garantir a isenção de responsabilidade penal pelo simples fato de que a empresa ou o particular orientam a adesão à RERCT por meio de programa de *compliance*.⁵⁴⁷

De qualquer forma, os melhores padrões de comunicação produzidos pelos mecanismos de *compliance fiscal* podem ser bastante significativos. A legislação, como analisado *supra*, busca acomodar as necessidades de arrecadação do país e oferece a oportunidade para a declaração. Se a declaração vem acompanhada de estratégias de cumprimento mais profissionais, especialmente

⁵⁴⁶ Por isso é que Carla de Carli, embora pareça ser favorável a que a adesão ao RERCT seja orientada por mecanismos de *compliance fiscal*, pondera, com toda razão, que não há o que sustente uma interpretação automática do tipo “*compliance* afasta a incidência de lavagem de dinheiro”, assim como afirma que: “O Grupo de Ação Financeira (Gafi) monitora os programas de repatriação de ativos a fim de que não se prestem a uma ‘lavagem de dinheiro oficial’. De acordo com o Gafi, os programas não podem ser utilizados para oferecer a imunidade penal absoluta em relação aos ativos repatriados ou declarados, nem é possível isentá-los dos controles de prevenção da lavagem de dinheiro ou de investigações criminais que visem apurar outros delitos. No recente exame que fez do caso brasileiro (na reunião plenária de junho passado, realizada na Coreia do Sul), o Gafi afirmou que a Lei nº 13.254/16 parece atender aos quatro princípios básicos que regem esses programas. Na prática, essas outras fontes de informação poderão ser, por exemplo, o acordo de compartilhamento de dados fiscais com os Estados Unidos já em vigor (Fatca) ou a Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Assuntos Fiscais (OCDE), promulgada em 29 de agosto pelo Decreto nº 8.842, e que entra em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 1º de outubro deste ano. Poderão, ainda, surgir informações em decorrência da crescente cooperação jurídica internacional ou de elementos colhidos nos acordos de colaboração premiada, cada vez mais utilizados no bojo de investigações criminais”. DE CARLI, Carla. Os reflexos da repatriação...Op. cit., *passim*.

⁵⁴⁷ Cf. SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance culture...Op. cit., *passim*.

sobre a proveniência do declarado, pode também estar melhor capacitada para oferecer documentação suficiente e demonstrar a idoneidade e autenticidade da colaboração. Em última instância, a prestação de informações da declaração em melhor nível de profissionalização pode ser decisiva para a proteção das liberdades pessoais do declarante e evitar maiores suspeições sobre a proveniência declarada.

5.2. Evasão de divisas

Ainda com referência às investigações empíricas de Zucman, deve-se ter em conta sua assertiva de que “sin la evasión fiscal a gran escala permitida por el secreto bancario, la deuda pública francesa no ascendería, como sucede actualmente, al 94 por cento del PBI sino al 70 por cento, nivel que registraba antes de la crisis financeira. Gravar el *stock* actual de fortunas disimuladas para sanear los fraudes pasados permitiría retrotraer la deuda a ese nivel. Esto no acabaría con todos los problemas de Francia, pero al menos generaría una considerable disminución en la presión presupuestaria y permitiría invertir la espiral de austeridad”.⁵⁴⁸ Joshua Blank, a seu modo, observa que a não cumprimento do sigilo fiscal garantiria que os cidadãos pudessem acessar as falências do Estado, nas muitas hipóteses de falha no cumprimento das obrigações fiscais dos contribuintes. Assim, “acesso público (...) exemplos concretos de falhas do governo em detectar atividades fiscais abusivas, deixando de aplicar sanções fiscais (criminais ou civis) e oferecendo aos contribuintes concessões nos seus desafios legais”.⁵⁴⁹

De fato, desde os já clássicos estudos de Allingham, nos anos 1970,⁵⁵⁰ houve avanços significativos na compreensão da dinâmica da evasão fiscal. Entretanto, não é apenas o enfrentamento mais sério da questão, desde suas condicionantes de política macroeconômica, que geram real preocupação. Desde uma perspectiva micro, suas principais características ainda seguem desconhecidas.

⁵⁴⁸ ZUCMAN, Gabriel. La riqueza escondida...Op. cit., p. 18.

⁵⁴⁹ BLANK, Joshua D. Op. cit., p.381.

⁵⁵⁰ ALLINGHAM, M. G.; SANDMO, A. (1972). Income tax evasion: a theoretical analysis. *Journal of Public Economics*, 1/1972, pp. 323 e ss.

Estudos mais recentes demonstram que há ainda pouca clareza sobre as efetivas dimensões da evasão, sua natureza, padrões de comportamento ou efetividade dos mecanismos de controle e sancionatórios, especialmente no que diz respeito à relação entre evasão, governança fiscal e *compliance*.⁵⁵¹ Do ponto de vista de sua aplicação prática, os desafios da figura típica da evasão de divisas persistem no tempo,⁵⁵² sendo que ainda parece estar distante no tempo um melhor visualizar a questão face à realidade brasileira.

Em perspectiva internacional, a maior parte das abordagens sobre evasão fiscal e evasão de divisas segue limitada a análises bem pouco conclusivas sobre a relação custo-benefício do comportamento econômico. Christopher S. Armstrong concentra sua análise na noção de incentivos administrativos – riscos próprios da expectativa de circulação de capital e a evasão fiscal corporativa – que identificariam, por meio de análise econômica, quais atributos da governança têm forte relação com os mais extremos níveis de evasão fiscal.⁵⁵³ Desai, a

⁵⁵¹ James Alm discrimina toda uma agenda de investigação sobre a evasão, que muito bem poderia ser inspiradora para a formulação de uma agenda especificamente brasileira: “How does the presence of taxpayer uncertainty about either taxable income or the various administrative parameters (e.g., the audit rate or the fine rate) affect compliance? Can individuals “coordinate” their compliance decisions? Does tax simplification contribute to more tax compliance? Can better tax agency services improve taxpayer compliance? Can positive inducements (e.g., social insurance programs, lotteries) improve compliance? How is compliance affected by the use of tax revenues and by the collective decision process by which these uses are chosen? How do other societal institutions and social processes affect tax compliance? Do perceptions of “fiscal inequity” affect compliance? What is the role of social norms (or related notions) in compliance? When do psychological factors work/fail, and can government “exploit” these factors? How can social norms be affected by deliberately chosen government policies? What are the social dynamics of compliance, and how can these dynamics be affected by government policies? What about businesses? What about other taxes (e.g., sales taxes, value added taxes, corporate income taxes)? Theoretical, empirical, and experimental methods (including controlled field experiments) must be applied to these and many other questions before we are better able to understand evasion”, ALM, James. Measuring, explaining, and controlling tax evasion: lessons from theory, experiments, and field studies. *Tilane Economics*, 2012, pp. 25 e ss.

⁵⁵² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei de repatriação (1ª Parte)...Op. cit..., p. 155.

⁵⁵³ ARMSTRONG, Christopher S.; BLOUIN, Jennifer L.; JAGOLINZER, Alan D.; LARCKER, David F. *Corporate governance, incentives...*Op. cit..., p. 3.

seu turno, entende que isso decorreria de duas questões: a primeira, relacionada à proliferação de paraísos fiscais, por onde amplia-se o interesse nas motivações de cada transação; e a segunda, que tangencia os níveis de taxas tributárias, que são, a seu tempo, suficientemente capazes de influenciar a receita das corporações⁵⁵⁴.

Dispondo sobre especificamente a evasão fiscal, Tiedemann constrói o que entende poder ser uma descrição básica da conduta típica, cujos elementos essenciais seriam: um indivíduo, que domiciliado em determinado país, vincula-se às obrigações fiscais postas por este mesmo Estado. Não obstante, deixa, esse mesmo indivíduo, conscientemente, de declarar seu patrimônio e renda, incluindo-se aqueles obtidos no estrangeiro.⁵⁵⁵ Essa leitura é de interesse por variadas razões. Com isso em mente, tenha-se que, ao analisar a figura típica prevista no ordenamento brasileiro (art. 22, Lei nº 7.492/1986), já se afirmou necessário concentrar-se no vínculo com a autorização legal ou a declaração à autoridade competente como o principal problema em matéria penal. Por se tratar de delito omissivo – “deixar de fazer algo requerido” – a evasão de divisas acabaria por se constituir em omissão em relação a determinada obrigação administrativa, construção cada vez mais usual no Direito Penal Econômico “alargado”, como por ele mesmo cunhado o conceito.

5.3. Questões de compliance

Como se sabe, embora fosse práticas anticoncorrenciais na Secretaria de Desenvolvimento Econômico para as práticas anticoncorrenciais (Portaria nº 14), a nova Lei de Lavagem de Dinheiro deu novo impulso aos programas de *compliance* no Brasil.⁵⁵⁶ Sobre o tema, a principal

⁵⁵⁴ Cf. DESAI, Mihir A.; DHARMAPALA, Dhammika. *Taxation and Corporate Governance: An Economic Approach*. 2007, *passim*.

⁵⁵⁵ TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht*... Op. cit., p. 142.

⁵⁵⁶ Ainda em 2013, apostava-se na indicação das principais vantagens e desvantagens da adoção dos programas de *compliance* no Brasil. Em termos de vantagens, dizia-se que: “(a) controle da responsabilização no âmbito da empresa, acarretando a redução de custos processuais; (b) vantagem competitiva e captação de recursos: ação preventiva é recebida como aumento da confiança, garantia de oportunidades de negócio, garantia de proteção patrimonial dos dirigentes e da empresa, além de constituir um importante fator de atração de *stakeholders*; (c)

ordem de críticas dentre os penalistas consiste na antecipação do juízo de punibilidade.⁵⁵⁷ Adán Nieto Martín, orientando-se ideia de um sistema de cultura da *compliance*, desenvolve a ideia de um sistema de controle social que auxilia o Estado no exercício do controle social formal,⁵⁵⁸ da responsabilização da pessoa física,⁵⁵⁹ na figura do dirigente

possível agilidade em licitações, especialmente se os mecanismos de prevenção têm previsão em edital; (d) atração de mão-de-obra qualificada; (e) manutenção de padrões internacionais de cumprimento de deveres e política de respeito aos direitos humanos, atuando decisivamente na preservação da reputação da empresa; (f) possível redução da punibilidade e controle da responsabilidade do dirigente por fato de terceiro, conforme a elaboração de sistemas de delegação de deveres; (g) melhoria do padrão de gestão organizacional”. Em relação aos itens (a), (c) e (g), a experiência brasileira ainda não permite avaliação mais específica. Quanto a (b) e (c), não há evidências que sustentem esta possível vantagem. Desde 2013, ampliaram-se as dúvidas sobre (f), sendo incerta o sentido normativo a ser atribuído pelos programas de *compliance* nos tribunais. Em relação a (d), houve ampla mobilização de profissionais na área, abrindo oportunidades de especialização, treinamento e ofertas de emprego. Não obstante, é ainda difícil registrar que há atração de mão-de-obra qualificada como decorrência de que a empresa adere a programa de *compliance*. As desvantagens permanecem inquestionáveis: “(a) o possível engessamento da produção, pela adoção de padrão estrito de cumprimento de deveres; (b) a ampliação de âmbito de responsabilização ainda no âmbito empresarial – independente de garantias processuais penais –; (c) aumento dos custos de transação, notadamente pela necessidade de manutenção do Departamento de *Compliance*, o qual exige, antes de tudo, treinamento e especialização contínuos; (d) indefinição a respeito da aplicação judicial dos programas de *compliance* no Brasil, quer na ausência de forma legal para estruturação dos programas, quer no que diz respeito à interpretação judicial receberá no Judiciário brasileiro”, SAAD-DINIZ, Eduardo. *A criminalidade empresarial...* Op. cit., pp. 116 e ss.

⁵⁵⁷ Cf., além de Rotsch, Silveira e Saad-Diniz, também ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, *passim*.

⁵⁵⁸ NIETO MARTÍN, Adán. *Manual de cumplimiento normativo*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2014, *passim*.

⁵⁵⁹ Tomando por base a tensão entre vigilância e privacidade, Matheus Alencar desenvolve interessante estudo sobre os mecanismos de redução do impacto da seletividade penal no âmbito dos programas de *compliance*, especialmente a partir da atribuição de responsabilidade individual ao *troublemaker*, como sendo o bode expiatório a quem se adscrive a falha da organização, ALENCAR, Matheus. *Mecanismos de proteção do empregado nos programas de criminal compliance*. São Paulo: LiberArs, 2017, pp. 107 e ss.

da instituição e por meio da responsabilização da pessoa jurídica, da própria empresa. Bock, por sua vez, concebe os programas de *criminal compliance* a partir da instrumentalização da evitação dos riscos da responsabilidade penal, com base no dever de supervisão empresarial para evitar infrações por parte dos empregados,⁵⁶⁰ ao passo que Engelhart apega-se às estruturas de incentivo para o cumprimento de dever.⁵⁶¹ Estudos subsequentes no Brasil dedicaram-se ao estudo da causalidade omissiva e da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos programas de *compliance*.⁵⁶²

Desde a perspectiva dogmática, destaca-se a leitura de Jesús-María Silva Sánchez, que situa o problema no âmbito da delegação do dever de garantia, para o qual é método de transferência e transformação da posição de garantidor: “*transferencia* porque, en virtud de la delegación, el delegante hace surgir una posición de garantía en el delegado. *Transformación*, porque la posición de garante del delegante no desaparece, sino que se transforma”.⁵⁶³ Nieto Martín, em seu *Manuel de Cumplimiento Normativo*, debate amplamente as questões no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica, com especial ênfase nas repercussões dogmáticas das falhas nos programas de *compliance* e imputação com base na culpabilidade da organização.⁵⁶⁴ No plano corporativo, o debate ainda se estende a iniciativas privadas para promover melhorias na arrecadação,⁵⁶⁵ o que também parece, aqui, fundamental.

⁵⁶⁰ BOCK, Dennis. *Compliance y deberes de vigilancia en la empresa*. In: KUHLEN, Lothar et al (org). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 107 e ss.

⁵⁶¹ ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*. 2. ed. Berlin: Duncker&Humblot, 2010, pp. 768 e ss.

⁵⁶² Vejam-se, por todos, OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. A responsabilidade por omissão... Op. cit., *passim*. Cf, consolidando a ideia de responsabilidade penal empresarial e programas de *compliance* no ordenamento brasileiro, SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: LiberArs, 2016, *passim*.

⁵⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deveres de vigilancia ... Op. cit., p. 81.

⁵⁶⁴ Cf. NIETO MARTIN, Adán. *Manual de cumplimiento*... Op. cit., *passim*.

⁵⁶⁵ “(...) the state creates corporations precisely because it does not wish to perform certain functions itself. Those corporations are “imbued with a public purpose”

5.4. A especificidade dos programas de *tax compliance* e o FATCA

A atuação funcional Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por meio de seus pareceres, já demonstrou certa tendência ao reconhecimento dos programas de *tax compliance*. A orientação dos pareceres tem sido voltada no sentido de controle da evasão fiscal e arranjos institucionais para incremento da arrecadação.⁵⁶⁶ Há razoável expectativa de que as iniciativas de repatriação repercutam em implementação de programas de *compliance*⁵⁶⁷, mas sua fundamentação e utilidade no ordenamento brasileiro estão longe de representar uma experiência mais sólida. De todo modo, e sob qualquer perspectiva, há de se ter balizas bem postas no sentido de respeito aos direitos dos declarantes e a uma lealdade esperada por parte do Estado.

Note-se, outrossim, que Christine Parker tem, de alguma maneira, exercido liderança na pesquisa sobre a efetividade dos programas de *tax compliance*. No entanto, da mesma maneira, os indicadores tanto em relação ao sucesso da mentalidade preventiva, quanto de melhoria em termos de transparência, *accountability* e governança são, como mínimo, rudimentares.⁵⁶⁸ Na linha do que tem evidenciado Parker, há muito a ser consolidado para a aquisição de estratégias regulatórias mais sofisticadas.

and while the state cannot take them over, it can legitimately attempt to influence their behavior via the tax system. This is true even if the resulting CSR behavior would not be legitimate for the corporation to undertake on its own (because it is unrelated to its own activities): the state is still free from its perspective to try to encourage such corporate activity. From the real entity perspective, the state can regulate corporate behavior like it regulates individual behavior, and that includes using tax expenditures. Since all forms of CSR are legitimate under the real entity view, this is the easiest case to make in justifying this form of regulation". AVI-YONAH, *Revue*. CSR and strategic tax behavior... *Op. cit.*, pp. 25 e ss.

⁵⁶⁶ Cf. FRANÇOSO, Thaís Folgosi. Pareceres da PGFN e o compliance fiscal. *Jornal Valor Econômico*, 31.11.2013.

⁵⁶⁷ DE CARLI, Carla. Os reflexos da repatriação... *Op. cit.*, *passim*.

⁵⁶⁸ Cf., em riqueza de detalhes, PARKER, Christine. *The Open Corporation: Effective Self-Regulation and Democracy*. Cambridge: Cambridge Press, 2002, *passim*.

Talvez seja demasiado ingênuo crer em uma metarregulação⁵⁶⁹ esperada, enquanto não houver melhoria significativa no padrão de cumprimento de deveres no ambiente empresarial e padrões menos contingenciais de regulação. Não é outro o desafio dos programas de *compliance* que podem chegar a tomar a RERCT como inspiração. Se a metarregulação é ilusória e a regulação se fragiliza frente às necessidades de acomodação dos interesses arrecadatórios, é bem possível que ou haja desacoplamento⁵⁷⁰ entre as iniciativas privadas e o Estado. Assim, no lugar de uma preferencial colaboração ou acoplamento corregulatório⁵⁷¹ – e a redução de toda complexidade da arrecadação a um jogo regulatório,⁵⁷² pode ser que seja unicamente visualizado simples plano ilusório.

Apesar de haver certo acúmulo sobre as principais causas⁵⁷³ e consequências das infrações tributárias, as perdas de capital e o desequilíbrio na competição internacional entre as jurisdições seguem ainda carentes de resoluções mais definitivas. A legislação norte-americana, *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), está em vigor desde 2010, priorizando a prevenção à evasão fiscal. O mecanismo de operação básico refere-se à omissão de declaração ao *Internal Revenue Service* (autoridade fiscal dos EUA), em relação a ativos mantidos em instituições financeiras no exterior. O reforço punitivo orienta-se, basicamente, pela imposição de deveres a administradores – devida diligência, lealdade aos interesses da companhia em relação aos compromissos fiscais –, sobretudo nas companhias

⁵⁶⁹ ZARING, David; COGLIANESE, Cary. Delegated governance: consumer safety in the global market place. In: COGLIANESE, Cary et al (org). *Import Safety*. Filadelfia: UPenn, 2009, pp. 193 e ss.

⁵⁷⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. Códigos corporativos privados: alternativas para prevención de la corrupción y protección de derecho humanos en el ámbito corporativo? In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SABADINI, Patricio et al (org) *Regulación del abuso en el ámbito corporativo*. Resistencia: Contexto, 2016, pp. 103 e ss.

⁵⁷¹ Cf., em detalhes, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Autorregulação... Op. cit.*, pp. 49 e ss.

⁵⁷² LAUFER, William. *El compliance game... Op. cit.*, pp. 78 e ss..

⁵⁷³ Cf. TANZI, Vito; SHOME, Partho. *Tax evasion: causes, estimation methods, and penalties: a focus on Latin America*, 1993, *passim*.

de capital aberto listadas na *New York Stock Exchange*, dos Estados Unidos, estão submetidas à estruturação mais detalhada de seus mecanismos de controle e de *compliance*.

O FATCA, no entanto, reproduz a mesma insuficiência regulatória dos modelos básicos de *compliance*, não apenas por ampliar os custos de transação sem efetiva consequência perante o sistema de sanções,⁵⁷⁴ mas também porque a aplicação extraterritorial não dá conta de integração das jurisdições e verificação de direitos fundamentais em termos de cooperação internacional, especialmente no que diz respeito à proteção das comunicações e do sigilo.⁵⁷⁵ No Brasil, não foi diferente. O FATCA foi internalizado por meio do Decreto nº 8.003/2013, que regulamenta o acordo de cooperação entre os países para intercâmbio de informação tributária. O Decreto nº 8.506/2015 dedica-se a regulamentação de questões específicas, porém deixando em indesejável abertura a questão do sigilo fiscal. Embora haja se explique pelo teor arrecadatório pretendido, leituras regulatórias permanecem carentes de respostas.

Embora haja considerável esforço em torno de “uniformização da normativa contábil”, seguindo orientação bem semelhante ao anteriormente discutido em termos de transparência e economia

⁵⁷⁴ “FATCA created an outcry among the foreign banks and other financial institutions, for two main reasons. First, the banks claimed that it imposed unreasonable compliance costs on them. The fundamental problem stems from the fact that the US has since 1861 taxed its citizens living permanently overseas, and as a result, FATCA applies to many such expatriates who have no intention of hiding their income from the IRS (in fact, most of them do not owe any taxes to the US because of the earned income exclusion of IRC section 91137 and the foreign tax credit of IRC section 90138). The solution to that is to stop taxing citizens living overseas, as the first author has argued elsewhere”. AVI-YONAH, Reuven; XU, Haiyan. Op. cit., p. 10 e ss.

⁵⁷⁵ “The second problem with FATCA was that many foreign countries have taxpayer confidentiality laws that preclude banks from sharing account information with the IRS. Under the modern version of article 26 of the tax treaties and under tax information exchange (TIEA) agreements, such prohibitions should not bar the exchange of information, but many treaties have not been updated to reflect the new norms.⁴⁰ Thus, the banks argued that they faced a serious dilemma of either violating the laws of their home country or being subjected to the FATCA penalty”. AVI-YONAH, Reuven; XU, Haiyan. Op. cit., pp. 10 e ss.

da informação, persistem algumas dúvidas em relação ao comportamento dos contribuintes e investidores, e, desde uma perspectiva mais técnica, a avaliação da alocação de recursos. O sistema brasileiro ainda está por merecer inovações que lhe garantam maior universalidade, incrementando os níveis de confiança do contribuinte. É definitivamente o que pode motivar maior autenticidade e um sistema mais efetivo de declarações por parte do contribuinte, cujas repercussões poderão constituir estratégias de atuação institucionais mais sofisticadas do que a mera anistia penal. Tem-se insistido que a obsessão pela *individual accountability*, para além de estimular respostas do Estado frente a sensação genérica de impunidade, acaba justificando mobilizações da sociedade civil movidas por fanatismo moral. O mais importante é adquirir melhor capacidade cognitiva de interação funcional entre os sistemas fiscal e penal, do que propriamente seguir a linha de perseguição às grandes fortunas individuais. A opção de validade entre simples arrecadação e regulação efetiva é que deve tecer as discussões futuras. De todo modo, há de se ter em conta limites que eventualmente também devem ser impostos a uma regulação. E estes devem, sempre, guardar respeito a tão caras liberdades individuais.

BIBLIOGRAFIA

- ALENCAR, Matheus. *Mecanismos de proteção do empregado nos programas de criminal compliance*. São Paulo: LiberArs, 2017.
- ALLDRIDGE, Peter. Money laundering and globalization. *Journal of Law & Society*, 4/2008.
- ALLINGHAM, M. G.; SANDMO, A. (1972). Income tax evasion: a theoretical analysis. *Journal of Public Economics*, 1/1972.
- ALM, James. Measuring, explaining, and controlling tax evasion: lessons from theory, experiments, and field studies. *Tulane Economics*, 2012.
- ARMSTRONG, Christopher *et al.* Corporate governance, incentives, and tax avoidance. *Journal of Accounting and Economics*, 136-2015.
- ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- AVI-YONAH, Reuven. Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State. *Harvard Law Review*. 1999-2000.

- _____. The three goals of taxation. *Tax Law Review*, 60/2006–2007.
- _____. *International tax as international law: an analyses of the international tax regime*. Cambridge: Cambridge Press, 2007.
- _____. CSR and strategic tax behavior: corporations, society and the State: a defense of the corporate tax – Too big to tax? Vanguard and the arm's length standard. *Law and Economics Working Paper Archiv*, 2006.
- AVI-YONAH, Reuven; XU, Haiyan. Evaluating BEPS. *University of Michigan Public Law Research Paper* n. 493.
- BAMBERGER, Kenneth. Technologies of compliance: risk and regulation in a digital age. In: *Texas Law Review*, 669/2009.
- BARAK, Gregg. *Unchecked Corporate Power: why the crimes of multinational corporations are routinized away and what we can do about it (crimes of the powerful)*. London: Routledge, 2017.
- BOCK, Dennis. *Compliance y deberes de vigilancia en la empresa*. In: KUHLEN, Lothar et al (org) *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- BOND, Eric. Tax Holidays and Industry Behavior. *The Review of Economics and Statistics*, 63/1988.
- BRAZ, Manuel Poirier. *Sociedades offshore e paraísos fiscais*. Lisboa: Petrony, 2013.
- BUNG, Jochen. Nauckes Narrative: Politisches Wirtschaftsstrafrecht statt Wirtschaftsvölkerstrafrecht? In: JESSBERGER, Florian. *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2015.
- CAMPBELL, John. Fiscal sociology in an Age of Globalization: comparing tax regimes in advanced capitalist countries. In: NEE, Victor; SWEDBERG, Richard. *The Economic sociology of capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- CHRISTIANS, Allison. *Hard law, soft law, and international taxation*. *Wisconsin International Law Journal*, 25/2008.
- DE CARLI, Carla. Os reflexos da repatriação no crime de lavagem. *Valor Econômico – Legislação e Tributos*, 12.09.2016.
- DESAI, Mihir A.; DHARMAPALA, Dhammika. *Taxation and Corporate Governance: An Economic Approach*, 2007.
- ELLSBERG, Daniel. *Secrets: a memoir of Vietnam and the Pentagon Papers*. New York: Penguin, 2002.

ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*. 2. ed. Berlin: Duncker&Humblot, 2010.

ENRICH, Peter D. Saving the States from Themselves: Commerce Clause Constraints on State Tax Incentives for Business. *Harvard Law Review* 377/1996.

ESTELLITA, Heloisa. Patamar de lesividade penal deve ser superior ao extrapenal. *Conjur*, 16.12.2013.

ESTELITA, Heloisa; GRECO, Luis. Empresa, quadrilha (art. 288, CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 91/2011.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2002.

FRANÇOSO, Thaís Folgosi. Pareceres da PGFN e o compliance fiscal. *Jornal Valor Econômico*, 31.11.2013.

GROSSMANN, Herrschel. *Rival kleptocrats: the Mafia versus the State*. In: FIORENTINI, Gianluca et al (org). *The Economics of Organized Crime*. Cambridge: Cambridge Press, 1995.

HAAS, Volker. *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur: Zur Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Staatsanwaltschaft und erkennendes Gericht im deutschen Strafverfahren*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

HARTNETT, Dave. The link between Taxation and Corporate Governance. DREXL, Josef et al (org). *Tax and Corporate Governance*. v. 3. MPI: Springer, 2008.

HAUGH, Todd. Cadillac compliance breakdown. *Stanford Law Review*, 69/2017.

HINES Jr., James R. Lessons From Behavioral Responses to International Taxation. *National Tax Journal* 305/1999.

JAKOBS, Günther. Zum Begriff der Person im Recht. In: KORIATH, Heinz et al (org). *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2010.

_____. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2012.

KLEPPER, Steven; NAGIN, Daniel. Tax compliance and perceptions of the risks of detection and criminal prosecution. *Law & Society Review*, 23/1989.

KUBICIEL, Michael. Die Finanzmarktkrise zwischen Wirtschaftsstrafrecht und politischem Strafrecht. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2013.

LACERDA, Nelson. É fundamental incluir *offshores* na 'repatriação' de 2017. *Conjur*, 18.12.2016.

LAUFER, William. El *compliance game*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SABADINI, Patricio *et al* (org). *Regulación del abuso en el ámbito corporativo*. Resistencia: Contexto, 2016.

LAUFER, William. Ilusões da governança corporativa. In: SAAD-DINIZ, Eduardo *et al* (org) *Tendências governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016.

_____. Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza. In: CENTONZE, Francesco *et al* (org). *La responsabilità 'penale' degli enti: dieci proposte di riforma*. Bologna: il Mulino, 2016.

_____. *Corporate Bodies and Guilty Minds: the failure of corporate criminal liability*. Chicago: Chicago Press, 2006.

MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do direito penal: A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

MACHADO, Máira Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). *Política fiscal e política criminal: o Direito Penal nas estratégias arrecadatórias do Estado brasileiro (1990-2006)*. São Paulo: FGV, 2009.

McLEAN, Bethany; ELKIND, Peter. *The smartest guys in the room: the amazing rise and scandalous fall of Enron*. New York: Penguin, 2014.

NIETO MARTIN, Adán. *Manual de cumplimiento normativo*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2014.

OBERMAYER, Bastian; OBERMAYER, Frederik. *The Panama Papers: breaking the story of how the rich and powerful hide their money*. London: Oneworld, 2016.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. *A responsabilidade por omissão dos sujeitos sensíveis à lavagem de dinheiro: o dever de informação*. São Paulo: Tese apresentada à faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

OWENS, Jeffrey P. Good Corporate Governance: The Tax Dimension. In: DREXL, Josef; HILTY, Reto M.; SCHÖN, Wolfgang; STRAUS, Joseph (Ed). *Tax and Corporate Governance*. v. 3. Hamburg: Springer: 2008.

PARKER, Christine. *The Open Corporation: Effective Self-Regulation and Democracy*. Cambridge: Cambridge Press, 2002.

PAWLIK, Michael. *Der Terrorist und sein Recht*. Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg, 31/2008

_____. *Das Unrecht des Bürgers*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

_____. Wie viel Wahrheit brauchen wir? *FAZ*, 17.11.2016.

POLAINO-NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Las insolencias punibles en la encrucijada del derecho penal y del derecho mercantil: tras la aprobación de la nueva Ley Concursal española*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

ROTSCH, Thomas. Criminal compliance. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 10/2010.

SÁ, Ana Luiza Barbosa. *Controle racional das normas de Direito Penal Econômico*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance culture* y dilemas de cultura organizacional: reflexiones para una agenda latinoamericana. CALCINA HUANNCO, Aldo *et al* (org) *Estudios de responsabilidad penal de la persona jurídica y criminal compliance*. (no prelo)

_____. Códigos corporativos privados: alternativas para prevención de la corrupción y protección de derechos humanos en el ámbito corporativo? *In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SABADINI, Patricio et al* (org). *Regulación del abuso en el ámbito corporativo*. Resistencia: Contexto, 2016.

_____. *Compliance culture* e dilemas da cultura organizacional: avaliação da experiência brasileira e possibilidades de integração científica com a Itália. *In: AMARAL, Claudio do Prado* (org). *Convegno corruzione e sistema penale integrato*. (no prelo).

_____. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1/2013.

_____. The New Money Laundering Law in Brazil: Understanding Criminal Compliance Programs. *In: BRODOWSKI, Dominik et al* (org). *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer, 2014.

_____. A criminalidade empresarial e a cultura de *compliance*. *Revista Eletrônica de Direito Penal da UERJ*, 2/2014.

SAAD-DINIZ, Eduardo; MARTINELLI, Sofia Bertolini. *Gatekeepers* e soluções de *compliance*. *Revista dos Tribunais*, 5/2017.

SAAD-DINIZ, Eduardo; RODRIGUEZ, Víctor Gabriel. Persecución penal de la corrupción en el marco brasileño: desde las transformaciones del delito de cohecho hasta la nueva mirada sobre la corrupción empresarial. *Revista de Estudios Brasileños*, 4/2016.

SAHIONE, Yuri. *Assistência mútua em matéria penal: e as penas vedadas no direito brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2015.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: LiberArs, 2016.

SCHNEIDER, F. (2005). Shadow economies around the world: What do we really know? *European Journal of Political Economy*, 21/2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deveres de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; ORTIZ DE URBINA, Iñigo; MONTIEL, Juan Pablo (org). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. *Expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: BdeF, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: realidade tópica ou contradição em termos? In: OLIVEIRA, William *et al* (org) *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem a Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

_____. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. São Paulo: D'Plácido, 2016.

_____. Lei de repatriação: aspectos criminais da prestação de informações (*disclosure*) em ambiente de *tax compliance* (1ª parte). *Revista de Direito Bancário e de Direito de Mercado de Capitais*, 70/2016.

_____. Lei de repatriação: aspectos criminais da prestação de informações (*disclosure*) em ambiente de *tax compliance* (2ª parte). *Revista de Direito Bancário e de Direito de Mercado de Capitais*, 71/2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Abordagem penal econômica da Lei Anticorrupção: primeiras impressões. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SKARBEK, David. *The social order of the underworld: how prison gangs govern the American Penal System*. Oxford: Oxford Press, 2014.

STIGLITZ, Joseph. The contributions of the economics of information to twentieth century economics. *The Quarterly Journal of Economics*, 115/2000.

STÜBINGER, Stephan. *Das 'idealisierte' Strafrecht*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2008.

SWEDBERG, Richard. The economic sociology of capitalism: an introduction and agenda. In: NEE, Victor; SWEDBERG, Richard (org). *The Economic sociology of capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

TANGERINO, Davi. Vale a pena aderir ao programa de anistia de bens no exterior?. *Jota*, 14.01.2016.

TANZI, Vito; SHOME, Partho. *Tax evasion: causes, estimation methods, and penalties: a focus on Latin America*, 1993.

TIEDEMANN, Klaus, TIEDEMANN, Klaus. Zur Kultur der Unternehmensstrafbarkeit. In: QUELOS, N. (org). *Droit penal et diversité's culturelles: Festschrift für José Hurtado Pozo*. Basel: Schulthess, 2012.

_____. Corporate criminal liability as a third track. BRODOWSKI, Dominik et al (org) *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer, 2014.

_____. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto. Lima: Grijley, 2009.

_____. *Introducción al derecho penal económico*. Lima: Grijley, 2009.

_____. *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*. Köln: Karl Heymanns, 2004.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário (Steuerrecht)*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008, v. I.

TORRES, Heleno Taveira. Postulados de aplicação do regime de regularização cambial. *Conjur*, 20.10.2016.

_____. O planejamento tributário abusivo é alvo do novo Fisco global. *Conjur*, 26.07.2015.

_____. Última chance para a repatriação de capitais ilícitos. *Conjur*, 17.02.2017.

_____. Um balanço da regularização de ativos lícitos no exterior *Migalhas*, 22.11.2016.

UESSELER, Rolf. *Guerra como prestação de serviços: a destruição da democracia pelas empresas militares privadas*. São Paulo: Liberdade, 2008.

UHLMAN, David. The pendulum swings: reconsidering corporate criminal prosecution. *University of California, Davis*, 2016.

VOGEL, Joachim. Wertpapierhandelsstrafrecht. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org). *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag 26. Juli 2007*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 2007.

WEISMAN, Andrew. Rethinking Criminal Corporate Liability. *Indiana Law Journal*. 82/2007.

ZARING, David; COGLIANESE, Cary. Delegated governance: consumer safety in the global market place. In: COGLIANESE, Cary *et al* (org) *Import Safety*. Filadelfia: UPenn, 2009.

ZÖLLER, Mark. Beteiligung an kriminellen und terroristischen Vereinigungen als Vortat der Geldwäsche. In: HEINRICH, Manfred *et al* (org). *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011: Strafrecht als Scientia Universalis*. Berlin: De Gruyter, 2011.

ZUCMAN, Gabriel. *La riqueza escondida de las Naciones: cómo funcionan los paraísos fiscales y qué hacer con ellos*. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2015.