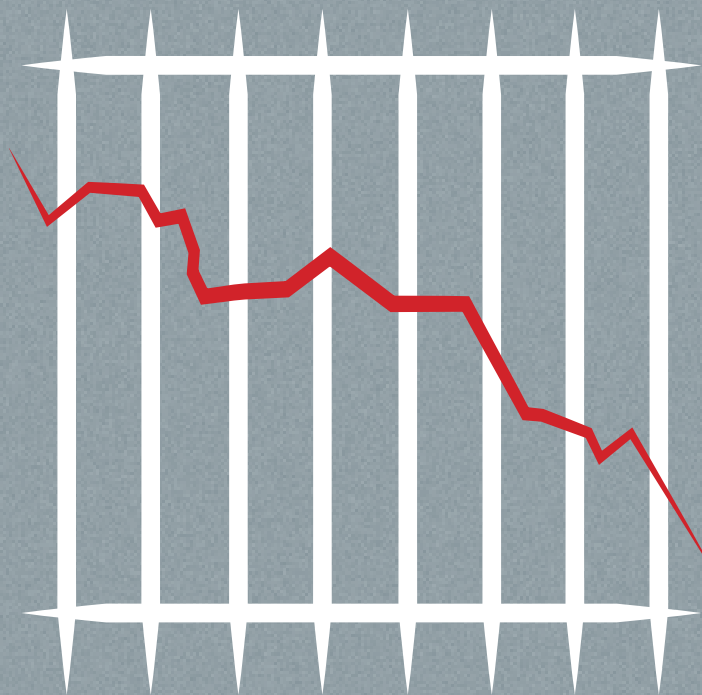


Renato de Mello Jorge Silveira  
Eduardo Saad-Diniz



# REPATRIAÇÃO E CRIME

Aspectos do binômio crise econômica e direito penal





# **REPATRIAÇÃO E CRIME**

Aspectos do binômio crise econômica e direito penal



Renato de Mello Jorge Silveira  
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 Moraes 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

CDU341.5

GRUPO  
D'PLÁCIDO



\*  
Rodapé



*Para Ricardo Antunes Andreucci, no Brasil,  
e Augusto Silva Dias, em Portugal*





# 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

# APRESENTAÇÃO

A mutação vista no cenário penal incomoda toda gente. Inquieta os mais conservadores, próximos que são de um positivismo mais marcante, pois inova-se para além das regras postas. Aflige também os adeptos de perspectivas teleológicas ou político-criminais, pois, marcadamente, novas metas, que não as voltadas ao homem e seu mundo. Incontestemente, cria desassossego no penalista em geral, pois parece declarar que a sua ciência é deixada de lado por visões outras.

Essa realidade posta no século XXI é flagrante no campo penal econômico. Apropriado por interesses que lhe são estranhos, parece, hoje, ser regido pela batuta da ordem econômica, mais do que tudo. Essa percepção fica ainda mais evidente quando se analisam algumas das perspectivas mais contemporâneas, no Brasil e no mundo.

Nesse aspecto, cumpre destacar que, se como já foi dito, a guerra humaniza o homem, seria de se dizer que crises econômicas estão a deixar o Direito Penal antisséptico. Ele não mais detém um papel preventivo-repressivo, mas parece se contentar com uma perspectiva de simples ferramenta arrecadatória. E esse desenho, presente no Brasil em diversos dispositivos, fica evidente com o pano de fundo da lei de regularização de ativos no exterior. Ao contrário do que muitos estão a dizer, os problemas com semelhante normativa estão a se iniciar, pois toda a implicação penal ainda irá se mostrar no horizonte próximo.

Parece, pois, fundamental uma melhor compreensão sobre o tema. Com isso em mente, e tendo em vista um provocativo convite do Senhor Professor Augusto Silva Dias, da Universidade de Lisboa,

Portugal, para realizar palestra sobre o tema da influência da crise econômica no Direito Penal, foram iniciados alguns estudos pontuais, os quais se juntaram a outros, especificamente relativos às noções de *voluntary disclosure* em ambiente de *tax compliance*, anteriormente realizados e publicados, parcialmente, na *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*.

Derradeiramente, sob a inquieta e arguta argumentação de Eduardo Saad-Diniz, surgiu a ideia de um complemento necessário sobre o assunto, em especial ao mencionar as noções de regularização de determinadas informações financeiras e a atualidade dos chamados paraísos fiscais. Nesse sentido, sou obrigado a agradecer imensamente a este, antes querido aluno e, hoje, bravo e estimado colega e amigo na Universidade de São Paulo, e para além dela, por mais esta oportunidade de ladeá-lo em uma empreitada significativa e instigante.

O trabalho que o leitor tem em mãos, portanto, é uma pretensa feliz comunhão de estudos distintos e complementares, os quais pretendem abordar, sob ângulos diversos, novas respostas penais em época de crise. De fato, o que esse delinea é uma real mudança de perspectiva penal, transmutando-se, o Direito Penal, em ferramental acessório de uma política arrecadatória do Estado.

É apresentado, assim, em primeira parte, um primeiro ensaio monoautorial, no qual se procura verificar a dimensão existencial de crise econômica e Direito Penal, consagrando-se o contorno de que a resposta criminal começa a mudar nesses momentos. Traçando-se o risco forte da característica presencial de leis penais em branco e de uma acessoriedade administrativa, amplia-se, mesmo, o rol do que comumente se entende por Direito Penal Econômico, como parece fazer crer, inicialmente, a Lei nº 13.254, de 13.01.2016, que instituiu o primeiro Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT 1), bem como a subsequente Lei nº 13.428, de 30.3.2017, que ampliou os prazos da mesma, e instituiu um segundo Regime Especial (RERCT 2).

Em uma segunda parte, também monoautorial, se verifica a condensação e reestruturação de anteriores artigos e trabalha-se, sob a óptica penal, das garantias, valores subjacentes e disponibilidades postas em jogo ao se tratar de prestações de informações voluntárias em um pretense ambiente de *compliance fiscal*. Na realidade, o que se pretende

é evidenciar os limites e os riscos postos à figura do declarante que acaba por aderir ao Programa de Regularização, mencionado pela Lei nº 13.254/2016, e, também, pela Lei nº 13.428/2017, justamente em um ambiente de crise econômica.

Por fim, na terceira parte, tem-se, em trabalho a quatro mãos – de Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz – em que se tece uma análise sobre os novos parâmetros de controle do Direito Penal Econômico, tomando-se em conta, especialmente, os crimes vinculados à existência de contas não declaradas no exterior. Isso se dá, especialmente, sob a luz da modernidade e do fenômeno de crise.

Não é pretensão dos autores esgotar o amplo campo de assuntos e temas penais decorrentes das normativas em si. O tempo, por certo, trará incontáveis novos desafios. Entretanto, essa nova realidade parece ser um cenário ideal para a percepção de que algo está a mudar o contexto penal ora presente. Como em alguns assuntos não existe marcha-a-ré, e em tantos, o penalista é tomado de assalto por modificações estruturais de determinadas normas que lhe são impostas pela própria realidade, no caso econômica, parece mais que necessário iniciar-se um debate. Esse, não fundamentalmente para o bem ou para o mal, há de ser posto em pauta, para a própria logicidade de um sistema que afigura mais do que para cá do horizonte.

Durante o planejamento destas linhas, Eduardo Saad-Diniz indagou-me sobre qual o objetivo teríamos em mente. Melhor dizendo, suscitou a dúvida sobre nossa meta. Ponderei, então, que tampouco sabia, apesar de intuições que já se faziam presentes. Nesse momento, parece que a meta a ser declarada é, por um lado, a constatação de que o Direito Penal Econômico deve sofrer releitura, também sob as nuances de crise econômica. Devem ser vistas e entendidas suas novas órbitas e realidades. E, para tanto, deve-se ter a compreensão de que esse momento de mutação se insere, exatamente, no momento vivido pelas normativas de regularização.

Agradeço profundamente, e mais uma vez, ao Senhor Professor Augusto Silva Dias, pelas iniciais e perenes provocações e debates; ao querido Mestre, Senhor Professor Jesús-María Silva Sánchez, e ao corpo docente da Universidade Pompeu Fabra, pela oportunidade contínua de pesquisa e intensa troca reiterada de pensamentos e aflições; e, particularmente, ao Senhor Professor Heleno Taveira Tôrres

pelas incitantes exposições e conversações sobre a perspectiva e futuro, nacional e mundial, em relação à regularização de capitais não declarados no exterior (talvez o mais problemático tema do Direito Penal Econômico no Brasil dos próximos anos). Um agradecimento especial também deve ser feito ao co-idealizador e co-autor do presente trabalho, Eduardo Saad-Diniz, que tem papel marcante no debate jurídico-penal nacional, e internacional, que, perenemente, tem a capacidade de provocação de novos desafios. Finalmente, torno público meu sincero agradecimento à Editora D'Plácido, e ao seu laborioso editor, por viabilizar a presente publicação.

*Dipòsit de les Aigües, inverno de 2017.*

*Renato de Mello Jorge Silveira*





## **PRIMEIRA PARTE**



# CRISE ECONÔMICA E REFLEXOS PENAIS:

Leis penais em branco, *compliance* fiscal e regularização de ativos

*Renato de Mello Jorge Silveira*

## INTRODUÇÃO

Existe motivo, razão ou circunstância para se imaginar a influência de impactos econômicos em época de crise junto ao Direito Penal? Existe razão, por outro lado, para um debate sobre os impactos penais da crise econômica vista a partir de 2008, passados quase dez anos de seu início? O Brasil mostra-se afetado por tal estado de coisas?

Semelhantes perguntas, vez por outra, são feitas no exterior, e, em particular, na Europa. Respostas positivas devem-se ao fato de, fundamentalmente, ainda estar a se falar, e analisar, toda a sorte de incorrências, redimensionalizações e novas previsões encontradas a partir daquele momento de crise, no já distante 2008. Mas – também seria de se indagar – e como tratar do tema no Brasil? Seriam cabíveis tais questionamentos? As respostas também se mostram positivas, mas por razões diversas.

Em primeiro lugar, os reais efeitos da crise financeira de 2008 tardaram muito a serem sentidos em terras nacionais. Diversas razões explicam tal fato, mas, inequivocamente, houve um atraso nas preocupações, também penais, sobre o tema. No entanto, uma nova vertente de crise, agora no Brasil, sentida sensivelmente a partir de 2015, acaba por repetir e replicar muitas das questões e respostas já vistas na Europa, o que impulsiona esse rediscutir. Muito embora possa-se sustentar, mesmo, que não se está a retratar o mesmo ideal momento de crise (2008–2014), sem dúvida alguma a visualização do que se

dá no Brasil a partir de 2015 é decorrente daquele momento. Essa, talvez, a maior das razões. Outra, contudo, também se faz presente.

Após 2015, o ano de 2016 não foi somente relativo à deflagração e sedimentação mais agudizada de uma significativa crise econômica, ou de um *impeachment* presidencial, mas, também, disse respeito ao implemento de uma primeira lei de regularização cambial e tributária de ativos não declarados no exterior (Lei nº 13.254, de 13.01.2016), seguida por uma segunda, a Lei nº 13.428, de 30.3.2017, que declarou novo o prazo da mesma, por 120 dias, além de poucas outras novas previsões, as quais, cada uma a seu modo, equipararam dogmaticamente, figuras aparentemente díspares, como os crimes de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro e evasão de divisas. E mais. Tudo dentro de um correto ou incorreto prisma de Direito Penal Econômico. Semelhante consideração merece ser melhor analisada, pois causou severas implicações de cunho estrutural dogmático ainda não devidamente esclarecidas.

As próprias divagações sobre a real dimensão do Direito Penal Econômico, de como as noções de crise econômica podem reavaliar toda e qualquer perspectiva conceitual do mesmo. Em particular, algumas de suas filigranas técnicas se mostram como essenciais para uma ideal avaliação dos desdobramentos atuais do tema, parecendo, assim, fundamentais para um repensar sobre tal temática. Isso, tudo, com a noção fundamental da alcunhada normatização de repatriação como pano de fundo temático. A partir daí, parece certa a realização de avaliações pontuais sobre tal cenário em face das nuances de um Direito Penal voltado preventivamente ao *compliance* e à nova realidade dos chamados paraísos fiscais. Tais pontos, assim, são peça chave para o reavaliar de como as respostas penais econômicas devem ser dadas em momento de crise econômica.

Realmente, muito se fala, nos dias de hoje, sobre o novo papel assumido pelo Direito Penal Econômico, e, também, sobre como a noção de crise econômica acaba por influenciar seus direcionamentos. Essa situação, bastante significativa na atual quadra brasileira, ganha especial destaque com o redesenhar de inúmeras figuras, bem como na indagação de como a jurisprudência nacional irá se posicionar em momento próximo futuro. De fato, uma leitura minimalista no Direito Penal, no entanto, acaba muitas vezes por viciar a percepção

de que houve uma real transformação de cenários pós-2008. Essa metamorfose é, talvez, uma das peças fundamentais a dar alguma sorte de racionalidade em um quadro tão conturbado sentido em todo o mundo e, em especial, no Brasil.

Existem muitas percepções sobre o que pode ser visto como crise, não dizendo respeito unicamente a restrições a serem impostas a siberitas quaisquer. A dimensão de crise mostra-se muitíssimo mais ampla do que isso, evidenciando como o Direito Penal Econômico acaba por deitar sombra em todo o espectro da sociedade. Factualmente, aliás, é de se dizer que “crise” é inerente ao próprio Direito Penal. Ocorre que as transformações hodiernas vividas ao longo dos primeiros anos do século XXI parecem ter dado uma conformação bastante especial ao que se pode entender por Direito Penal Econômico. Esses novos contornos podem ser lidos, contudo, de formas e maneiras diferentes. São justamente essas múltiplas facetas de interpretação que dificultam uma leitura e compreensão mais ampla do fenômeno penal econômico.

A Lei nº 13.254/2016, ao tratar, inicialmente, da regularização de capitais não declarados no exterior, acabou por explicitar tais preocupações, pois trata simultaneamente de assuntos aparentemente díspares, como crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, Lavagem de Dinheiro e sonegação fiscal. O mesmo se diga nova Lei nº 13.428/2017. Poderiam, tais figuras, ser tratadas sob uma lente única? Não seriam, segundo a doutrina e jurisprudências mais consagradas, figuras antinômicas? A real dúvida tradicionalmente colocada acerca da distinção entre um Direito Penal Tributário, Econômico e sobre a própria natureza da lavagem de dinheiro ganha, com isso uma nova dimensão. Enfim, ao se imaginar que a contextualização do que se passou a denominar de Lei de Repatriação possa se explicar, de alguma forma, por meio de de um momento de crise, talvez possa se dar passo decisivo para uma nova percepção do atual Direito Penal Econômico.

Sem dúvida, o Direito Penal da era *compliance*, novidade dos últimos tempos, mostra-se como algo um tanto diferente. Na verdade, todo o giro copérnico sentido na seara penal, muito em decorrência também da crise, é ancorado em premissas diferenciais de complexas leis penais em branco e de acessoriedades administrativas, de novas percepções de lavagem de dinheiro e de obrigações correlatas de

informar a autoridades específicas, tudo derivado de regras de *compliance*. Essas dificuldades pontuais parecem mais dificultar do que auxiliar o penalista contemporâneo, principalmente no complicado labor de setorizar todas as categorias. Entretanto, é de se recordar que esse desvendar de mistérios é essencial para a compreensão do que se pretende hoje e para o futuro.

## **1. UMA NECESSÁRIA NEO-PERCEPÇÃO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO**

Atualmente, ninguém parece duvidar que existe, há muito, uma onda expansiva em termos penais e, particularmente, penais econômicos. Isso soa, de fato, parte inegável de uma verdade, como sustentado ao menos desde os anos 1990, entre outros, por Silva Sánchez,<sup>1</sup> e se mostra como irretorquível verdade também no Brasil. Em relação ao ambiente econômico, entretanto, parecem surgir algumas dúvidas em relação ao foco específico de abordagem. Resta, assim, saber sobre as ideais fronteiras desse campo de estudo, pois, por mais que trabalhos científicos tenham, nos últimos anos, sustentado uma sua significativa distensão e alargamento, ainda existe, na especial compreensão nacional, uma resistência bastante forte sobre suas particularidades.

A dúvida colocada em algumas órbitas de estudo, no entanto, versa sobre o papel de uma crise econômica junto ao gizal penal econômico. Ao que tudo parece indicar, tem-se, aqui, uma nova visualização do problema penal econômico, com outras respostas (que não unicamente a constatação de um ampliar de fronteiras ou expansão típica). Isso, contudo, deve ser feito com bastante cautela, pois se pretender analisar um dado momento de crise econômica, e seus reflexos penais, pode levar a infundáveis equívocos, os quais somente podem guardar certa coerência se tais limites forem, antes de tudo, esclarecidos. Na realidade, e para além disso, deve-se, antes de tudo, perceber-se, como se disse, que crise é inerente ao dilema

---

<sup>1</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: BdeF, 2011, pp. 83 e ss.

do Direito Penal, e, em se tratando de aspectos econômicos, isso se mostra de forma ainda mais evidente.

Note-se que, em outros tempos, foi pela massacrante realidade de crise do poder punitivo que Verri teceu suas críticas à tortura.<sup>2</sup> Foi com base em diálogos sobre a essência do poder de punir que Beccaria elaborou, às sombras da *Academia dei Pugni*, seu pequeno grande livro.<sup>3</sup> Foi, enfim, sobre a noção de crise que Rocco elaborou seu método de estudo,<sup>4</sup> e, derradeiramente, reconhecendo a perenidade de crises e sua incidência penal, que Silva Sánchez sustentou sua construção sobre a percepção dogmática.<sup>5</sup>

A ideia de crise, aqui tratada, tem, no entanto, outro enfoque.<sup>6</sup> Diz não só respeito a uma conjuntura ou momento difícil ou perigoso,

---

<sup>2</sup> Cf. VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Tradução por Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992, pp. 3 e ss.

<sup>3</sup> Cf. MORENO CASTILLO, María Asunción. Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria en la evolución del aparato punitivo. AA.VV. *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica*. Madrid: Edisofer, 1997, pp. 92 e ss.

<sup>4</sup> Cf. ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1978, pp. 3 e ss.

<sup>5</sup> Para Silva Sánchez, “en nuestros días, se ha convertido en un auténtico lugar común la alusión a que el Derecho penal está en ‘crisis’. Por ello, es frecuente que las exposiciones de temas de fundamento o de política criminal comiencen abordando los motivos y la concreta configuración de la referida crisis. Sin pretender negar la parte de razón que asiste a tales planteamientos, se acoge aquí la hipótesis de que tomar la ‘crisis’ como un fenómeno característico únicamente del derecho penal contemporáneo resulta incorrecto o, al menos, inexacto. La crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, inmanente al Derecho penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado en los primeros estados de Derecho. En ellos, en efecto, la antinomia entre libertad y seguridad (expresas, en el ámbito penal, en la tensión entre prevención y garantías, o incluso, si se quiere, entre legalidad y política criminal) empieza a no ser resuelta automáticamente en favor de la seguridad, de la prevención; así, se detecta ya un principio de crisis, de tensión interna, que permanece en nuestros días. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: BdeF, 2012, pp. 3 e ss.

<sup>6</sup> Aliás, vários enfoques poderiam ser dados. Cf., em relação às crises vividas em questões constitucionais, BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 37 e ss. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2009, *passim*.

como preferem os léxicos, mas, também, com uma vertente específica, qual seja, a de certas incidências econômicas no próprio âmbito penal, como, *v.g.*, as percebidas (mundialmente) mais claramente a partir de 2008,<sup>7</sup> e, especificamente no Brasil, a partir de 2015. Em outras palavras, o foco central do que se pretende abordar nestas linhas diz respeito a como cada vez mais se mostra perceptível uma

---

<sup>7</sup> Cf. ALESSANDRI, Alberto. Evoluciones y perspectivas del derecho penal económico. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, pp. 582 e ss. MAGRO, Maria Beatrice. Información financiera falsa e tutela penal del mercado. *Revista Trimestral de Derecho de la Economía*, 2102, pp. 1 e ss. Tiedemann, com acuidade, menciona a noção de que, historicamente, o Direito Penal Econômico tem sua real origem na direção e planificação estatal da economia. Nesse sentido, relata que, com surgimento remoto de algumas disposições aleatórias vistas ao depois da Primeira Grande Guerra, percebeu-se, na Alemanha, uma avalanche de previsões normativas que pretendiam disciplinar a Economia, somando-se mais de quarenta mil disposições também penais. Em momentos subsequentes, particularmente com a república de Weimar, houve significativa contenção desse escopo, com o destaque para uma maior formulação da própria disciplina penal econômica. Cf. TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito (introducción al derecho penal económico y de empresa)*. Traducción de Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985, pp. 16 e ss. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*. Lima: Grijley, 2007, tomo I, pp. 6 e ss. ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Direito penal econômico e o ilícito fiscal. In: ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Estudos e pareceres de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, 146 e ss. Cf., sobre as múltiplas percepções do que venha a ser uma crise, FRY-MCKIBBIN, Renée; HSIAO, Cody Yu-Ling; TANG, Chrismin. Contagion and Global Financial Crisis: Lessons From Nine Crisis Episodes. *Open Economic Review*, vol. 25, 2014, pp. 525 e ss. É curioso verificar que mesmo autores do porte de Luciano Anderson de Souza, que detém visão mais restritiva do Direito Penal Econômico, comungam, em particular, da noção e influência das noções de crise, já que entendem que “analisar o passado do Direito Penal Econômico em cotejo com seus delinamentos presentes implica estabelecer reflexões quanto a seu futuro”, (...) já que “a origem deste subsistema penal afastou-se radicalmente do contexto de sua origem, inserindo-se numa lógica de hiperatividade volúvel do legislador contemporâneo que vulnera incisivamente sua legitimidade e eficácia. Neste influxo, hodiernamente, é praticamente lugar comum na dogmática jurídico-penal falar-se em sua crise. Imperiosa, então, uma apurada reflexão social quanto a este específico setor do Direito Penal, que ostenta a peculiaridade de se conectar à economia.” SOUZA, Luciano Anderson de. Passado e presente do direito penal econômico. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico* n° 9, 2016, p. 9 e ss.



ingerência econômica no próprio seio penal,<sup>8</sup> modificando muitas de suas tradicionais premissas, no que poderia ser visto como uma particularidade do chamado Direito Penal globalizado.<sup>9</sup> Embora essa realidade fosse anteriormente percebida em situações pontuais de escândalos financeiros ou de crise delimitadas, a situação, hoje, mostra-se completamente distinta.

No momento histórico tido a partir de 2008, o entendimento sobre os impactos (gerais) da crise financeira global foram tidos com menoscabo no Brasil, chegando, o Presidente da República de então, a afirmar que, apesar de parecer ser ela um tsunami nos Estados Unidos da América, seus reflexos no Brasil seriam sentidos como o que denominou de “simples marolinha.”<sup>10</sup> Passados alguns anos daquela assertiva, viu-se, o Brasil, imerso em (outra) significativa crise econômica.

Ainda que não se possa dizer, necessariamente, por uma influência do momento internacional de 2008 sobre o quadro nacional de 2015, as respostas penais encontradas em relação àquele parecem se repetir

---

<sup>8</sup> Cf. VIETTI, Michele. Intervento introduttivo: crisi economica e diritto penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, pp. 561 e ss. Não se nega, contudo, que momentos de crise econômica podem gerar também aumento em várias estatísticas criminais, como se percebeu recentemente na Grécia. Cf. TSOUVELAS, T.; GIOTAKOS, O.; KONTAXAKIS, V.; PAPASLANIS, T.; KONTAXAKI, M. I.; KONSTANTAKOPOULOS, G.; PAPAGEOGIOU, C. Criminality During the Financial Crisis in Greece. *European* vol. 30, 2015, pp. 1363 e ss.

<sup>9</sup> Assim se entende, pois “el Derecho penal de la globalización no es, sin embargo, todo el Derecho penal. Como se indicó al inicio, se concentra en la delincuencia económica u organizada y en modalidades delictivas conexas, con en cuando al modelo de delito que sirve de referencia a la construcción dogmática: en lugar del homicidio del autor individual, se trata, por ejemplo, de abordar actos de corrupción realizados por una empresa que, a su vez, comete delitos económicos. A partir de tal constatación, se produce una importante disyuntiva: o bien se acomete una sectorización de las reglas de la Parte General del Derecho penal, o bien se asume que, debido a la poderosa fuerza atractiva de la nueva criminalidad, también las modalidades clásicas de delincuencia vean modificadas las reglas por las que se han venido rigiendo.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Expansión...* Op. cit., p. 95.

<sup>10</sup> <http://oglobo.globo.com/economia/lula-cri-se-tsunami-nos-eua-se-chegar-ao-brasil-sera-marolinha-3827410>

em relação a este, o que leva à conclusão de que as consequências do fenômeno podem estar a se replicar, como se fizesse parte de um novo ciclo a ser tratado de modo diferencial.<sup>11</sup> Justamente por isso, o impacto de um momento de crise parece ser bem significativo, devendo ser, na verdade, compreendida a real lógica penal econômica de validade, mormente baseada na proteção de determinado bem jurídico ligado à ordem econômica. Caso isso seja correto, somente assim poder-se-ia pretender sustentar uma racionalidade das tantas leis atinentes ao tema. A racionalidade deve, portanto, ser buscada também em termos de situações e momentos congêneres de mudança de expectativa penal mundial.

Como se sabe, a última grande crise econômica mundial – a mencionada crise 2008 – foi deflagrada a partir dos Estados Unidos da América do Norte, e teve uma reconhecida origem fincada em uma conturbação financeira, gerada por momentos de desregulação, seguida pela utilização de papéis imobiliários e hipotecários (*subprime*) viciados pelo mercado.<sup>12</sup> Foi o que se chamou de ativos lixo, que

---

<sup>11</sup> Cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico. Parte geral*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, pp. 45 e ss.

<sup>12</sup> Cf., em detalhes, DIAS, Augusto Silva. O Direito penal como instrumento de superação da crise econômico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas. *Anatomia do crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais* n° 0, 2004, pp. 46 e ss. SCHÜNEMANN, Bernd. La llamada crisis financiera: ¿fracaso del sistema o crimen organizado global? In: FERNÁNDEZ STEINKO, Armando (ed.). *Delincuencia, finanzas y globalización*. Madrid: Dentro de Investigaciones Sociológicas. 2013, pp. 335 e ss. GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo. Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 77 e ss. Os informes de supervisão financeira da União Europeia e do Senado norte-americano são similares na identificação dos momentos geracionais da crise: “fase 1. Crisis de las *neocom* – espectacular explosión de la burbuja especulativa en torno a valores relacionados con internet y adopción de medidas de estímulo a la inversión, sobre todo una bajada de tipos de interés por parte de la Reserva Federal desde el 6,5% al 1% en 2001. Con carácter previo, se habían disuelto las barreras existentes entre la banca comercial y de inversión, es decir, la *desregulación*. La *Glass-Steagall Act*, vigente desde los años treinta, establecía un rígido marco de separación entre la banca comercial, que toma dinero prestado del público en general, y la banca de inversión,

---

que se financia exclusivamente a través del mercado de capitales. Los bancos comerciales estaban fuertemente supervisados por la Reserva Federal, que exigía coeficientes de liquidez y de solvencia, lo que limitaba sus posibilidades de apalancamiento y por tanto de crecimiento del crédito. A cambio de esta regulación, la banca comercial gozaba del respaldo público a través de la garantía de los depósitos hasta un determinado límite. Fase 2: El capital líquido requiere inversión especulativa aspirando a la mayor de las ganancias. Los tipos de interés rebajados no eran suficientemente atractivos. El capital, previa mediación bancaria, se fija en los activos inmobiliarios. Así reza el Informe de Larosiere: 'La elevada disponibilidad de liquidez y unos bajos tipos de interés han sido los principales factores que subyacen en la actual crisis, si bien las innovaciones financieras han amplificado y acelerado las repercusiones del exceso de liquidez y de la rápida expansión del crédito.' Los bajísimos tipos de interés en los Estados Unidos contribuyeron a crear una burbuja inmobiliaria que se extendió con gran rapidez y se vio impulsada por un gran mercado de préstamos hipotecarios no regulado o sólo insuficientemente regulado, así como por el recurso a complejas técnicas de financiación de títulos. La deficiente supervisión ejercida sobre las entidades estadounidenses con respaldo del sector público, como Fannie Mae o Freddie Mac, y la fuerte presión política a que se vieron sometidas estas entidades para promover la construcción de viviendas en propiedad para hogares con bajos ingresos, no hicieron sino agravar la situación.' Las hipotecas 'basura' (*subprime* o de ínfima calidad: existía una alta probabilidad de que los suscriptores no cumplieran el compromiso adquirido) se multiplicaron por 4 entre 2001 y 2005 (de 180.000 millones de dólares a 625.000 millones). Dentro de esta fase habría que separar dos momentos: el primero, en el que las entidades financieras ofrecen hipotecas considerando la fuerte revalorización del mercado inmobiliario, lo que convertía en rentable el riesgo de impago debido a la obligación de la dación en pago para el suscriptor, y el segundo, en el que los títulos hipotecarios se intercambian en el mercado financiero. Como explica Nadal Belda de forma simplificada, el funcionamiento de este mercado era el siguiente: agentes independientes ofrecían hipotecas a tipo variable y con fuertes periodos de carencia a clientes (no propietarios) que no cualificaban para obtener una hipoteca en la banca comercial. Estas hipotecas, denominadas *subprime*, se vendían a entidades mayoristas que las agrupaban formando paquetes muy heterogéneos y, en general, con calidad crediticia inferior al segmento estándar. La banca de inversión dividía estos paquetes en distintos tramos, cuya solvencia venía determinada por su nivel de sobregarantía y la probabilidad de impago, que se calculaba en función de la morosidad histórica de las hipotecas *subprime*. Los tramos se titulizaban en MBS (*mortgage back securities*) y CDO (*collateralized debt obligations*). Los títulos de tramos más *senior*, aquellos cuya probabilidad de impago era ínfima y estaban muy garantizados, se consideraban de máxima calidad crediticia. Una agencia de *rating* confirmaba esta alta calidad (incluso con una calificación AAA). Estos títulos fueron comprados ávidamente por un mercado financiero internacional, cuyos inversores confiaban en su alta solvencia y buscaban

tinham e explicitavam valores absolutamente irreais, indevidamente qualificados e atestados como investimentos seguros, em vícios absurdos de interesses conflitantes. Essa realidade acabou sendo replicada em diversos países, vendo-se, mesmo, a partir de então, muitas crises nacionais dela decorrentes.

De maneira geral, o período iniciado a partir daquela crise calcificou o entendimento de que o Direito Penal Econômico deve fincar pé em premissas preventivas, estabelecendo determinações prévias de integridade

---

desesperadamente rentabilidades positivas en dólar. Entre ellos, se incluyeron las semipúblicas Freddie Mac y Fannie Mae, que operaban en el segmento *prime*. Este sistema funcionaba correctamente mientras el precio de la vivienda en estados Unidos siguiera creciendo, ya que, incluso aquellos compradores de vivienda en el segmento *subprime* que no pudieran hacer frente a los pagos, podían fácilmente vender sus inmuebles para hacer frente a sus deudas e incluso obtener una plusvalía. De esta forma, entre 2003 y 2007 se produjo un espiral de creciente endeudamiento de las familias norteamericanas, creciente apalancamiento de las entidades financieras e incremento constante de los precios de la vivienda. Incluso la banca comercial entró en este tipo de negocio, ya que las posibilidades de apalancamiento que les ofrecía la innovación financiera les permitía obtener crecientes beneficios sin estar sometida a las ataduras de la supervisión financiera. Fase 3: La tercera fase comienza en 2007, cuando comienza la desconfianza respecto al valor real de esos *hedge funds* distribuidos por todo el mundo, y la burbuja inmobiliaria estadounidense estalla, arrastrando en su caída al sistema financiero de todos aquellos países en los que la inversión en estos activos basura (camuflados en esos famosos ‘paquetes’ que se habían convertido en un especie de ‘caja negra’ sobre cuyo contenido nadie se preguntaba, al estar avalados por la máxima calificación crediticia, a cargo de las agencias de calificación se había masificado. A su vez, estas agencias estaban interesadas en otorgar esa calificación porque participaban en la actividad empresarial de las entidades cuyas inversiones calificaban, es decir, se producía un claro conflicto de interés, denunciado, entre otros, en el Informe Levin, del Senado norteamericano.” GARCÍA RIVAS, Nicolás. Reflexiones sobre la responsabilidad penal en el marco de la crisis financiera. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.). *Crisis financiera y derecho penal económico*. Buenos Aires: BdeF, 2014, pp. 33 e ss. Cf., em detalhes, QUIGLEY, Robert. The Impulse Towards Individual Criminal Punishment After the Financial Crisis. *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, vol. 22, 2015, pp. 111 e ss. SARRABAYROUSE, Eugenio. Estudio preliminar. In: NAUCKE, Wolfgang. *El concepto de delito económico-político*. Traducción por Eugenio Sarrabayrouse. Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 11 e ss.

(os conhecidos *compliance programs*<sup>13</sup>) as quais devem ser observadas,<sup>14</sup> gerando ainda, como parece preferir Kubiciel, a ideia de que isso pode, ainda, implicar reforços penais em caso de sua não obediência,<sup>15</sup> fomentando, assim, uma forçosa cultura da legalidade disfarçada. Mais do que isso, contudo, e além de estipular um aumento de algumas previsões criminais, esse momento foi determinante para uma superação da percepção de que o Direito Penal se mostra, normalmente, em forma binária em termos preventivos e repressivos.

Para além disso, é de se ter em conta que os efeitos da crise de 2008, segundo alguns, foram tão significativos, que a perspectiva penal, em algumas quadras, passou a ser verdadeiramente arrecadatória. Além várias de orientações internacionais no sentido de troca de benefícios penais em troca de declarados de dinheiros não declarados no exterior, tem-se diversas previsões, em muitos países, que procuraram conceder benefícios quaisquer pelo pagamento de dívidas tributárias<sup>16</sup> ou colaborações outras com a Justiça,<sup>17</sup> como seria o caso, no Brasil,

---

<sup>13</sup> Cf. 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, pp. 113 e ss.

<sup>14</sup> Cf., de modo geral, DEWING, Ian; RUSSELL, Peter O. Whistleblowing, Governance and Regulation Before the Financial Crisis: The Case of HBOS. *Journal of Business Ethics* vol. 134, 2016, pp. 155 e ss. CALVO VÉRGEZ, Juan. Aspectos jurídicos e institucionales de las políticas monetarias de los principales Bancos Centrales ante la actual crisis financiera. Madrid: Dykinson, 2015, *passim*. ELÍAS MÉNDEZ, Cristina. El papel de las instituciones europeas ante la crisis económica: Banco Central Europeo, Consejo Europeo, Consejo de la Unión Europea, comisión Europea y parlamento Europeo. In: *The impact of the economic crisis on the EU Institutions and member States*. Pamplona: Aranzadi, 2015, pp. 31 e ss.

<sup>15</sup> KUBICIEL, Michael. Die Finanzmarktkrise zwischen Wirtschaftsstrafercht und politische Strafrecht. *ZIS*, 2013, pp. 60 e ss. Cf., também, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, pp. 109 e ss.

<sup>16</sup> Seriam casos exemplificativos, no caso brasileiro, a previsão contida no art. 34, da Lei nº 9.249, de 26.12.1995, ou, no caso espanhol, a previsão de 2012, relativa à alteração do art. 305.6, do Código Penal.

<sup>17</sup> Cf., entre outros, SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza; WEBER, Cleverson. A “troca de favores” entre estado e réu e o mito de assegurar a verdade real através da desconstrução histórica da imoralidade do traidor. In:

O presente trabalho, destinado a estudantes e profissionais do Direito, representa uma análise do problema vinculado às alterações sentidas no Direito Penal em época de crise econômica. Ao trabalhar particularmente com o tema sob o enfoque de uma visão arrecadatória, assumida pelo Direito Penal Econômico, tem-se vários momentos de análise de como estão a se alterar algumas premissas penais. Nesse particular, mostra-se fundamental o entendimento de como deve ser lida e entendida, sob óptica penal, a chamada lei de regularização de ativos não declarados no exterior, também vista como lei de repatriação. A extinção de punibilidade de diversos crimes ofertada pela mencionada norma, deve ser entendida mediante balizas próprias e diferenciais.

