

JOTA

Voluntary disclosure ou armadilha?

Breves notas sobre o uso do RERCT para fins de investigação criminal

Renato Stanzola Vieira **Fernando Gardinali Caetano Dias**

25 de Agosto de 2017 - 11h01



Pixabay

DESTAQUES | DIREITO TRIBUTÁRIO | PGR | PPS | RERCT | TRIBUTAÇÃO | VOLUNTARY DISCLOSURE



Recentemente, no último dia 17 de agosto, a Procuradoria Geral da República apresentou parecer na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5496^[1], ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS) para questionar dispositivos da Lei 13.254/16, que instituiu o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT).

Nessa ação, pretende-se a declaração de inconstitucionalidade de, basicamente, dois blocos de artigos: um que diz respeito às regras de arrecadação e tributação (arts. 1º, § 1º e 2º, I; e art. 6º); e

outro que versa sobre a vedação de utilização das informações fornecidas pelo contribuinte como *único* indício ou elemento para fins de investigação criminal (art. 4º, § 12, I). Interessa-nos, aqui, esse segundo bloco.

É importante lembrar que, sob o ponto de vista penal, o principal efeito da adesão ao RERCT é a extinção da punibilidade dos crimes: contra a ordem tributária; de sonegação fiscal; de descaminho; de falsidade (material, ideológica e respectivo uso), desde que relacionados à prática dos crimes anteriormente citados; evasão e manutenção de divisas no exterior; e (aqui reside o ponto central da discussão) de lavagem de dinheiro, desde que o delito antecedente seja um dos anteriormente referidos (art. 5º, § 1º, da citada lei).

Atente-se para o último aspecto: o legislador previu a extinção da punibilidade apenas e tão somente para a hipótese de lavagem de dinheiro que tenha como antecedente um crime contra a ordem tributária, de sonegação fiscal, de descaminho, de falso (genericamente falando) ou de evasão ou manutenção de divisas no exterior. Essa é a delimitação da “anistia” conferida pelo regime de regularização de ativos.

Outro ponto é o que diz respeito à impossibilidade de utilização da declaração do RERCT “*como único indício ou elemento para efeitos de expediente investigatório ou procedimento criminal*”, prevista no art. 4º, § 12, I, do referido diploma legal. Aqui, a questão tratada não é a extinção de punibilidade (efeito penal), mas sim a utilização das informações prestadas pelo contribuinte para fins de investigação criminal (efeito processual penal).

Posto isso, observe-se que a insurgência trazida na ADI 5496 relaciona-se com a investigação dos crimes de lavagem de dinheiro que não tenham como antecedente os crimes elencados no art. 5º, § 1º, I a VI, da Lei 13.254/16.

Aduz-se, na inicial da ação, que “*as informações decorrentes das declarações de informações não podem dar início a uma investigação mais apurada da lavagem de dinheiro, ainda que se trate de lavagem de dinheiro oriundo de outros crimes antecedentes*” (p. 6, § 21).

E prossegue: “*a utilização do conteúdo da declaração nos autos de investigação ou de procedimento de natureza criminal pode ser a única forma de apurar indícios capazes de apontar tanto a autoria quanto a materialidade de eventual branqueamento de capitais oriundos de crimes antecedentes extremamente graves, tais como o tráfico de drogas, a corrupção, e o terrorismo*” (p. 6, § 24).

Sobre essa questão, o Ministério Público Federal reitera a alegação de inconstitucionalidade, sob o argumento de que o dispositivo legal “*impede que as instituições responsáveis constitucionalmente pela apuração de infrações penais desempenhem suas atividades com base unicamente na declaração de regularização de recursos*” (p. 17).

Não se pode, todavia, concordar com esse ponto de vista, por dois motivos: **i**) a finalidade da lei (e os *estímulos* conferidos pelo legislador para adesão ao programa); e **ii**) a *excessiva* dependência dos órgãos de persecução penal das informações *fáceis* (ou *facilmente obtidas*).

Na exposição de motivos do Projeto de Lei 2960/15, o então Ministro da Fazenda *Joaquim Levy* sintetizou qual era o objetivo do RERCT: “*estimular brasileiros que possuam ativos não declarados no exterior a reinvestir esses valores internamente*”.

A palavra chave, aqui, é *estímulo*: para captar os recursos decorrentes da regularização dos ativos não declarados, o Governo deveria conceder benefícios para os contribuintes. Afinal, quem mantinha ativos no exterior de modo irregular (há um certo tempo, inclusive) não promoveria a sua regularização repentinamente, sem que houvesse qualquer mudança no comportamento do Estado.

Em outras palavras, quem mantinha o dinheiro no exterior irregularmente somente traria essa informação ao Estado se gozasse de algum benefício.

Nesse ponto, é fundamental ressaltar que uma coisa é o *estímulo* que o Estado deve dar ao contribuinte para que o programa de regularização tenha êxito; outra coisa é a escolha (política) de *quais* benefícios o Estado deveria dar para *estimular* os contribuintes a aderirem ao RERCT.

Ao final da tramitação legislativa, vê-se que a escolha política do Estado brasileiro foi de conferir *estímulos* de ordem *tributária* (pela definição do percentual de tributos a incidir nos valores regularizados), *penal* (extinção de punibilidade de eventuais crimes praticados) e *processual penal* (impossibilidade de utilização do RERCT como *único* elemento a subsidiar investigação criminal).

Tal escolha foi baseada na tendência à qual o Brasil aderiu, já conhecida em âmbito internacional, de *voluntary disclosure*, que internamente se liga ao discurso de arrecadação para fins de cumprimento de repartições constitucionais das receitas tributárias. Aliás, a *voluntary disclosure* é conhecida no âmbito da OCDE, inclusive à vista do *Update on voluntary disclosure programmes*, de agosto de 2015^[2].

A escolha do legislador brasileiro, portanto, por premissa, não pode ser tida como inconstitucional. Não se vislumbra ofensa material ao texto constitucional, seja na tributação a incidir sobre esse fato gerador, seja no rol dos crimes sujeitos à extinção de punibilidade, seja na vedação de utilização do RERCT como *único* elemento para fins de persecução penal.

Foram escolhas puramente *políticas*, porquanto oriundas de uma ponderação feita pelo legislador entre, de um lado, a probabilidade de êxito do programa de regularização de ativos e, de outro, os *estímulos* que o Estado deveria conferir ao contribuinte a fim de possibilitar a maior adesão possível ao RERCT.

Podem ter sido escolhas certas ou erradas, colidentes com uma visão liberal ou conservadora do Estado, com uma visão ortodoxa ou heterodoxa de política econômica. Isto é: do ponto de vista da política criminal – inclusive externa – pode se questionar a escolha legislativa. Isso, contudo, absolutamente não as torna *inconstitucionais*.

Nesse quadro de ideias, vê-se que os argumentos suscitados pela Procuradoria Geral da República não guardam pertinência com a questão em análise. Não se está discutindo a garantia constitucional de não autoincriminação, pois, de fato, a adesão ao RERCT é voluntária (*voluntary*

disclosure); e tampouco é possível considerar a declaração de regularização como prova ilícita, já que se trata de um documento produzido em conformidade às normas legais (seja às garantias previstas na Constituição, seja às próprias normas da Lei 13.254/16).

O que realmente importa à discussão é saber quais estímulos dados pelo Estado que influenciaram para a escolha do contribuinte em aderir ao programa de regularização de ativos. E, nesse contexto, a vedação de utilização das informações do RERCT como *único* elemento para fins de investigação criminal foi um *estímulo* importante para os contribuintes que aderiram ao programa.

Isso, mesmo porque aderir ao programa significa *confessar* os ilícitos praticados em torno da manutenção ilegal de valores no exterior. E é intuitivo perceber que a *confissão* somente será feita pelo indivíduo se ele receber algum *benefício* em troca – por exemplo, no âmbito tributário, a denúncia espontânea acarreta exclusão de responsabilidade do agente (art. 138 do CTN); e, no âmbito penal, a confissão implica diminuição de pena (art. 65, III, *d*, do CP).

Não foi diferente na Lei 13.254/16: um dos *estímulos* dados pelo Estado para a *confissão* do contribuinte foi a vedação de utilização do RERCT como *único* elemento a subsidiar investigação criminal.

É perfeitamente possível pensar que um dos motivos de adesão do contribuinte tenha sido justamente essa regra: afinal, após *confessar* os ilícitos praticados e, assim, *se expor totalmente à fiscalização estatal*, o indivíduo viu-se minimamente protegido com essa vedação à atividade repressiva do Estado. Esse foi um dos aspectos da *segurança jurídica* que o contribuinte teve para aderir ao RERCT.

Ora, passado quase um ano do período de adesão ao programa, sustentar a pretensa inconstitucionalidade do art. 4º, § 12, I, da Lei 13.254/16 significa não só *aniquilar a segurança jurídica*, como também *enganar o contribuinte* – que aderiu ao programa em razão dos estímulos então positivados e vigentes –, em ofensa pelo Estado aos princípios constitucionais que devem nortear a sua própria atuação, previstos no art. 37 da CF.

E por isso, de uma divulgada ideia de *voluntary disclosure*, chega-se ao perigo, tal como pleiteado agora na ADI em questão, de se patrocinar uma armadilha. O contribuinte é enganado, imaginando haver recebido estímulo para a declaração, quando agora o Estado o trai querendo se valer das informações cedidas com fins claramente extravagantes da proposta inicial.

Outro motivo que demonstra o equívoco dos argumentos deduzidos na ADI 5496 (e chancelados pelo parecer da PGR) reside na falsa percepção de que as atuações institucionais da Polícia e do Ministério Público ficariam fragilizadas com a norma em comento.

Aqui se faz outra confusão argumentativa: uma coisa é a escolha *política* que o legislador faz sobre a valoração de determinados meios de prova; outra coisa (totalmente distinta) seria reduzir ou enfraquecer a atuação de tais órgãos na persecução penal.

Veja-se: o que o art. 4º, § 12, I, da Lei 13.254/16 faz é vedar a utilização do RERCT como *única* prova (*rectius*, como único elemento de informação) a subsidiar expediente investigatório. Não se

depreende, por essa norma, qualquer vedação ou empecilho à atividade persecutória da Polícia ou do Ministério Público.

Ora, essa valoração sobre os meios de prova foi feita pelo legislador em vários pontos do ordenamento jurídico – como, por exemplo, na exigência de exame de corpo de delito para as investigações que deixarem vestígio (art. 158 do CPP), de modo que a materialidade do crime somente poderá ser comprovada por esse meio de prova; ou na impossibilidade de condenação com base apenas nas informações prestadas pelo colaborador processual (art. 4º, § 16, da Lei 12.850/13). Também aqui se está diante de *escolhas políticas* feitas pelo Estado na valoração de determinados meios de prova – e isso em perfeita sintonia com as garantias constitucionais, pois essas *escolhas políticas de valoração legal da prova* não afrontam, por exemplo, o devido processo legal ou a inadmissibilidade de provas ilícitas (art. 5º, LIV e LVI, respectivamente, da CF).

Essa confusão argumentativa – que, aliás, foi incisivamente explorada no parecer da PGR – talvez se explique por uma certa tendência que ultimamente se tem visto no processo penal: a dependência dos órgãos de persecução por informações *fáceis*, ou melhor, *facilmente obtidas*. Em vez de se melhorar as técnicas de investigação, bem como o aparelhamento dos órgãos nessa tarefa, prefere-se insistir em privilegiar as medidas que transferem esse ônus a terceiros (no caso em tela, ao cidadão contribuinte). Em vez de uma postura *ativa*, voltada à pesquisa de fontes de informação e meios de prova, o que se vê é uma tendência a uma postura *passiva* desses órgãos, para que recebam as informações prestadas pelo próprio cidadão.

E nesse ponto, faz-se questão de repetir, inclusive com o dano adicional de *enganar* o contribuinte, após ele ter agido na crença da limitação do uso das informações por ele mesmo entregues.

Essa passividade estatal na investigação pode ser constatada, por exemplo, nas obrigações de registro e de comunicação de operações financeiras previstas na Lei de Lavagem de Dinheiro (arts. 9º a 11 da Lei 9.613/98); no uso desmedido da colaboração processual (arts. 4º a 7º da Lei 12.850/13); e, na hipótese em discussão, na pretendida utilização da declaração do RERCT para fins de investigação criminal.

Não se questiona a necessidade de repressão à lavagem de dinheiro, mas sim a maneira de fazê-lo: que se promova a persecução por outros meios – *ativos* – de pesquisa de provas, mas que não se dependa da recepção *passiva* dessas informações.

O sistema de justiça criminal seria muito mais efetivo se a Polícia e o Ministério Público se empenhassem ativamente na busca por informações – e não gastassem tempo, nem palavras para confortavelmente pretenderem o recebimento (sem muito esforço, pois a cargo do cidadão) das informações necessárias para o desempenho de suas atribuições constitucionais.

Espera-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal declare a *constitucionalidade* do art. 4º, § 12, I, da Lei 13.254/16. Essa é a decisão que se espera para a manutenção da segurança jurídica (especialmente dos contribuintes que aderiram ao RERCT) e, paradigmaticamente, para que a

Corte Suprema faça cumprir a missão constitucional dos órgãos de persecução penal: atuação *ativa* na pesquisa de fontes de informação e meios de prova.

O contribuinte não é um joguete para ter suas informações usadas ao bel prazer do Estado – que se arvorou em Estado arrecadador e fiel da confidencialidade das informações depositadas, e depois de tudo entregue e pago, pretende ser Estado enganador com a sanha de utilização extravagante daquilo que o iludido cidadão depositou em confiança.

O julgamento pela *inconstitucionalidade* do dispositivo questionado redundaria sim em reconhecer que a *voluntary disclosure* foi mera figura de retórica, quando o que se armou contra o contribuinte foi uma armadilha. Aí sim resultaria a grande inconstitucionalidade, porque mina preceito básico da democracia: a confiança do cidadão no Estado.

[1] Para acesso à íntegra da ação (incluindo a inicial e a manifestação da PGR, que serão analisadas nesse texto), v.: <https://goo.gl/FouEHV> (acesso em 21.08.17).

[2] <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Voluntary-Disclosure-Programmes-2015.pdf> (acesso em 22.08.2017).

Renato Stanziola Vieira - Advogado criminalista, sócio de Andre Kehdi e Renato Vieira Advogados. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Doutorando em Direito Processual Penal pela USP.

Fernando Gardinali Caetano Dias - Advogado criminalista, sócio de Andre Kehdi e Renato Vieira Advogados. Especialista em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Mestrando em Direito Processual Penal pela USP.

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.