



# **Aspectos Criminais da Lei nº 13.254/2016**

**Renato de Mello Jorge Silveira**

**Professor Titular da Faculdade de Direito da USP**

**Advogado**

# DÚVIDAS EXISTENCIAIS

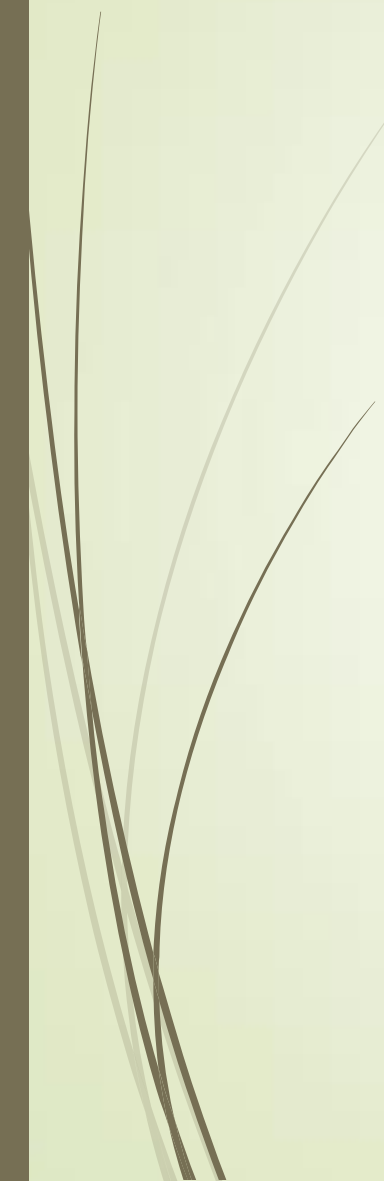
- A lei 13.254/16 é uma lei tributária ou penal?
- Existem riscos penais na regularização?
- Qual o risco penal na *voluntary disclosure*?
- Qual o papel das instituições?
- Haverá uma nova oportunidade?

- 
- 
- **Nova realidade a partir do fim do sigilo fiscal**
  - **Como proceder?**



# NOÇÕES FUNDAMENTAIS

- Regularização e Repatriação (Lei nº 13.254/2016)
- Programa mundial ou política local?
- Tax compliance ou política arrecadatória?
- Problemas penais que estão sendo ignorados

- 
- 
- **Política criminal tributária vs. Política criminal tradicional**
  - **O papel da prestação de informações no novo Direito Penal**
  - **Direito constitucional de não autoincriminação**
  - **Novos mercados – risco**

# 1. REGULARIZAÇÃO E REPATRIAÇÃO

- Lei nº 13.254/2016 – Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT)
- A lei menciona a ideia de regularização
- A repatriação não é necessária
- O problema diz respeito aos crimes que podem ser cometidos em função da existência de contas no estrangeiro

Evasão de divisas – art.22, parágrafo único, Lei nº 7.492/1986

Sonegação fiscal – art. 1º, Lei nº 8.137/1990

Lavagem de dinheiro – art. 1º, Lei nº 9.613/1998

Crimes de falsidade ideológica e documental



► **Lei nº 13.254/2016:**

**Art. 4º, § 12: § 12. A declaração de regularização de que trata o caput não poderá ser, por qualquer modo, utilizada:**

**I - como único indício ou elemento para efeitos de expediente investigatório ou procedimento criminal;**

**II - para fundamentar, direta ou indiretamente, qualquer procedimento administrativo de natureza tributária ou cambial em relação aos recursos dela constantes.**



**Art. 5º: 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 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, em relação aos bens a serem regularizados, extinguirá a punibilidade dos crimes previstos:**

**I - no art. 1º e nos incisos I, II e V do art. 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990;**

**II - na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965;**

**III - no art. 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);**

IV - nos seguintes arts. do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando exaurida sua potencialidade lesiva com a prática dos crimes previstos nos incisos I a III:

a) 297 (falsidade de documento público);

b) 298 (falsidade de documento particular);

c) 299 (falsidade ideológica);

d) 304 (uso de documento falso);

V - (VETADO);

VI - no caput e no parágrafo único do art. 22 da Lei no 7.492, de 16 de junho de 1986;

VII - no art. 1º da Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, quando o objeto do crime for bem, direito ou valor proveniente, direta ou indiretamente, dos crimes previstos nos incisos I a VI;

VIII - (VETADO).

**§ 2º A extinção da punibilidade** a que se refere o § 1º:

**I - (VETADO);**

**II - somente ocorrerá se o cumprimento das condições se der antes do trânsito em julgado da decisão criminal condenatória;**

**III - produzirá, em relação à administração pública, a extinção de todas as obrigações de natureza cambial ou financeira, principais ou acessórias, inclusive as meramente formais, que pudessem ser exigíveis em relação aos bens e direitos declarados, ressalvadas as previstas nesta Lei.**

**§ 3º (VETADO).**

**§ 4º (VETADO).**

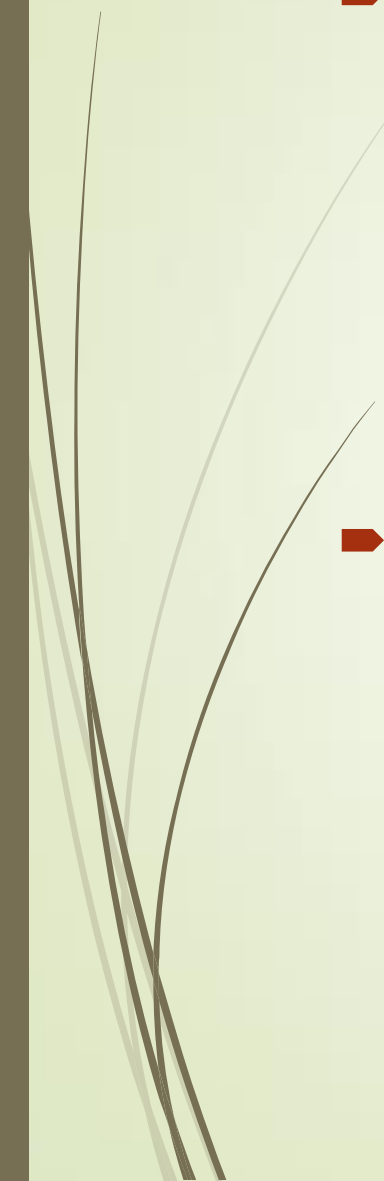
**§ 5º Na hipótese dos incisos V e VI do § 1º, a extinção da punibilidade será restrita aos casos em que os recursos utilizados na operação de câmbio não autorizada, as divisas ou moedas saídas do País sem autorização legal ou os depósitos mantidos no exterior e não declarados à repartição federal competente possuírem origem lícita ou forem provenientes, direta ou indiretamente, de quaisquer dos crimes previstos nos incisos I, II, III, VII ou VIII do § 1º.**

- 
- Existe limitação do favor legal em função da origem dos valores (de origem lícita) e em relação a determinadas pessoas

**Lei nº 13.254/2016**

**Art. 11. Os efeitos desta Lei não serão aplicados aos detentores de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, nem ao respectivo cônjuge e aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, na data de publicação desta Lei.**

- Não se trata do conceito de pessoas politicamente expostas, mas de situação pontual devida a problemas no Congresso Nacional

- 
- 
- Deve-se ter em conta, portanto, que os problemas criminais da regularização de valores limitam-se, a princípio, ao uso das informações e a como se dá a extinção de punibilidade dos crimes adesivados à manutenção de valores não declarados no exterior
  - Em outras palavras, deve-se ter em conta que a partir da DECLARAÇÃO, possibilitada pela Lei nº 13.254/2016, tem-se que imaginar a possibilidade de verificação dos depósitos no exterior e de supostos crimes que deveriam origem a esses valores

- A regularização já tem o condão, mediante o pagamento de multas, de extinguir a punibilidade desses crimes adesivados à existência não declarada de depósitos no estrangeiro, nunca em relação a origem ilícita

## DECLARAÇÃO

(T-2)

(T-1)

(T)

Origem ilícita

depósitos no exterior

(crimes antecedentes – ex.corrupção)

(evasão, sonegação, lavagem)

(nenhum efeito penal aparente)

(extinção de punibilidade)

## 2.PROGRAMA MUNDIAL OU POLÍTICA LOCAL?

- **Economicização do Direito Penal – regra de integridade (compliance)**
- **OCDE e agências internacionais**
- **Exemplo claro do combate a corrupção e compliance**
- **Problema decorrente da crise de 2008: caso EUA e UBS – regra arrecadatória**
- **Origem do FATCA: Foreign Account Tax Compliance Act – qual o sentido de uma Lei de Integridade Fiscal sobre Contas no Estrangeiro?**
- **Quebra dos sigilos fiscais entre países – semelhança da Decisão STF sobre quebra do sigilo fiscal pelo Fisco – arts. 5º e 6º, Lei Complementar nº 105/2001 (ADI 2.310, 2.397, 2.397, 2.859)**

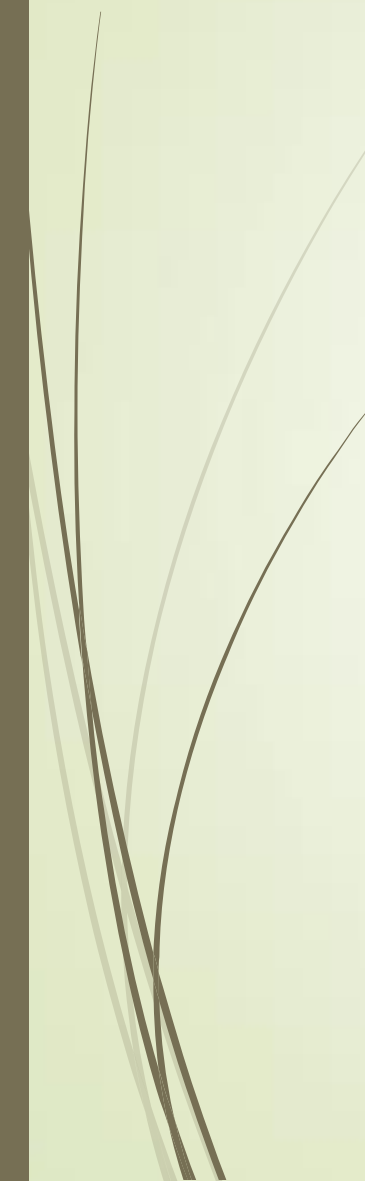
# TAX COMPLIANCE OU POLÍTICA ARRECADATÓRIA?

- Ideia de tax compliance
- Interesses arrecadatários
- O interesse penal é que vai justificar, aliás, essa ambivalência (compliance+arrecadatória)
- Somente a lógica da extinção de punibilidade (própria dos crimes tributários) é que justifica a política da Lei nº 13.254/2016
- A lógica do FATCA e de seus congêneres europeus é arrecadatária

# PROBLEMAS PENAIIS QUE ESTÃO SENDO IGNORADOS

- O discurso penal do problema tem se mostrado simplista: não o é!
- Existem 4 situações fundamentais penais a serem tidas em conta:

1. Origem lícita dos valores (declaração)
2. Limitação do uso das informações
3. Valor das informações – extinção de punibilidade
4. Ponderação entre o dever positivo de declarar e o direito de não autoincriminação (nemo tenetur se detegere)

- 
- 
- Problemas penais não relacionados e que ainda se mostrarão em futuro próximo:
  - Consulta Pública RFB 04/2016 – IN RFB 1627, de 14.3.2016
  - Críticas às previsões da Instrução Normativa – paralelo com Espanha
  - Prescrição penal e prescrição tributária
  - Previsões penais? Violação ao art. 22, I, da Constituição Federal
  - Inversão do ônus da prova?

- 
- 
- **Tudo, no entanto, hoje, ao que se apresenta como problemas apresentados na Lei nº 13.254/2016, gira em torno do que se entende por informações em um ambiente de tax compliance – importância da voluntary disclosure**
  - **É fundamental um acompanhamento para explicar a declaração sob um prisma penal tributário, distante do conceito penal tradicional, pois existem evidentes perigos na presente fórmula legal:**

- 
- Quem garante que as informações não podem ser utilizadas contra o declarante?

Não existem garantias, pois o Ministério Público pode entender que as informações não são verídicas. Nesse sentido, o risco de investigação e processo é considerável, apesar de existir uma pequena possibilidade de efetivo uso prejudicial das informações

- Risco penal ao declarante

Existe e deve ser evitado com o devido acompanhamento

- Essas informações somente fazem sentido dentro de uma perspectiva de validação da informação voluntária

# POLÍTICA CRIMINAL TRIBUTÁRIA VS. POLÍTICA CRIMINAL TRADICIONAL

- Dentro de uma perspectiva tradicional, a conduta post factum – posterior ao fato criminoso – apenas diminui a sanção penal (art. 16, Código Penal)
- Dentro de uma perspectiva penal tributária, a conduta de pagar os tributo sonegado extingue a punibilidade do crime (p.ex. art. 34, Lei nº 9.04/1995)
- A lógica é econômica, não sancionatória (lógica compliance+arrecadatória)
- Sob esse espectro, a Lei nº 13.254/2016 segue um princípio de política criminal tributária, e somente assim deve ser entendida, sob pena de ineficácia da mesma
- O antagonismo às premissas da Lei nº 13.254/2016 deve-se a leituras de atores judiciais que não se adequam a uma política criminal tributária

# O PAPEL DA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES NO NOVO DIREITO PENAL

- A lógica do disclosure – voluntary disclosure
- A prestação voluntária de informações: como ela se apresenta na Lei?
- Lei nº 13.254/2016:

Art. 4º, § 12: § 12. A declaração de regularização de que trata o caput não poderá ser, por qualquer modo, utilizada:

I - como único indício ou elemento para efeitos de expediente investigatório ou procedimento criminal;

II - para fundamentar, direta ou indiretamente, qualquer procedimento administrativo de natureza tributária ou cambial em relação aos recursos dela constantes.



➤ **Dúvidas:**

- 1.As informações não podem ser utilizadas como único indício**
- 2.Podem ser usadas se houver outros indícios?**
- 3.Indícios de que ordem? Denúncia anônima? Anterior ou posterior à declaração? Investigação anterior à declaração? Qual a segurança ao declarante? – leitura simplista – necessidade de aprofundar a noção de único indício – situação de indício veemente, fortes indícios**
- 4.Caso Uli Honeß**
- 5.Necessidade de redimensionar o entendimento sobre o que vem a ser o contexto de único indício**



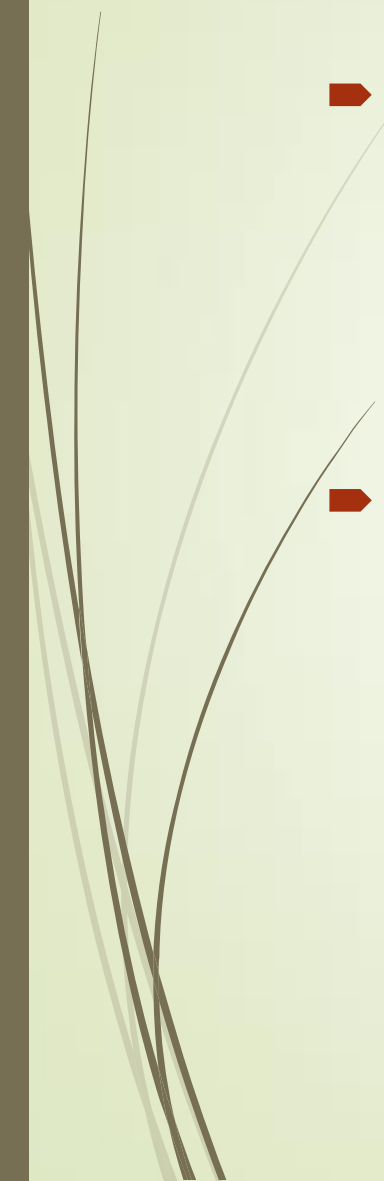
# DIREITO CONSTITUCIONAL DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

- Dever de declarar a existência de contas no exterior

Dever implícito – art. 22, parágrafo único, Lei nº 7.492/1986

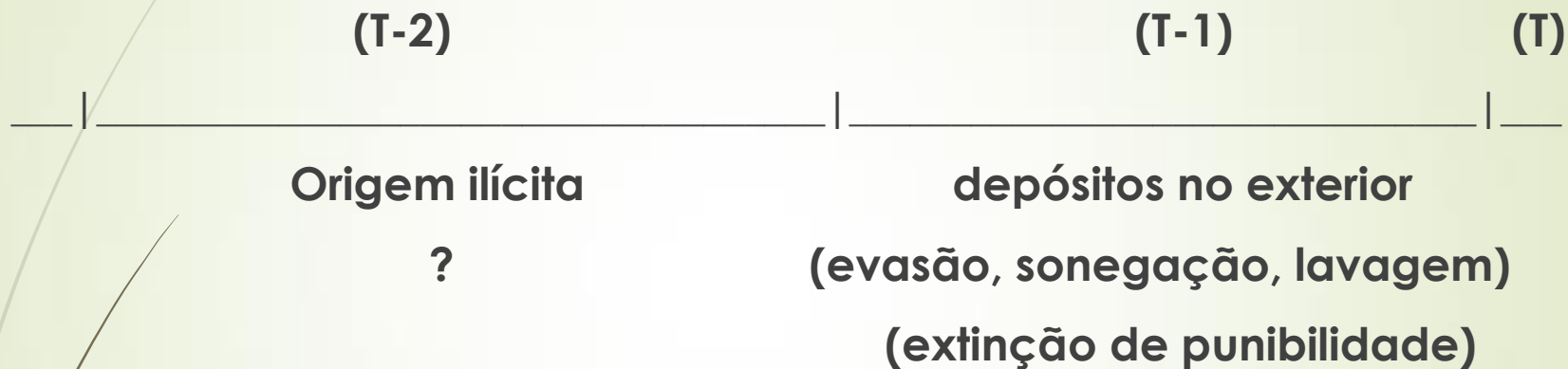
Dever explícito – Lei nº 13.254/2016

- Direito a não autoincriminação (nemo tenetur se detegere)

- 
- 
- A lei nº 13.254/2016 acaba por trabalhar com um complexo equilíbrio entre o dever positivo de declarar a existência das contas e o dever constitucional de não se autoincriminar
  - A única possibilidade ou viabilidade desse equilíbrio, e de que não se mostre como uma inconstitucionalidade, é se garantir a extinção de punibilidade para os crimes vistos no momento T-1



# DECLARAÇÃO



- 
- A dúvida que os Tribunais precisarão resolver nos próximos anos, no entanto, é se os eventos no momento T-2 também não estarão protegidos pelo direito constitucional de não autoincriminação
  - Em termos lógicos, seria perfeitamente sustentável que também tais situações com menção no momento T-2 teriam a abrangência de uma extinção de punibilidade, mas isso ainda é um tema polêmico, discutido, contudo, na Alemanha, Itália e Espanha

- 
- Também não fazem sentido lógico as previsões do ar. 5º, § 1º e § 2º, II, da lei nº 13;254/2016:

**Art. 5º, § 1º:** O cumprimento das condições previstas no caput antes de decisão criminal, em relação aos bens a serem regularizados, extinguirá a punibilidade dos crimes previstos:

O cumprimento das condições previstas não só antes, mas também depois de decisão criminal deveria ter a capacidade de extinção de punibilidade dos crimes previstos.



Art. 5º, § 2º. **A extinção da punibilidade** a que se refere  
o § 1º:

(...)

II - somente ocorrerá se o cumprimento das condições  
se der antes do trânsito em julgado da decisão criminal  
condenatória;

Em termos lógicos, essa restrição também deve cair.



# **NOVOS MERCADOS – MOEDAS VIRTUAIS – FUTURO RISCO PENAL**

- **Fim da possibilidade de manutenção de depósitos no exterior em ambientes de não comunicação**
- **Ascensão de novas moedas – moedas virtuais – bitcoin**
- **É moeda?**
- **Gera evasão de divisas?**
- **Existe possibilidade de controle?**
- **Novo momento de discussão em futuro próximo**



**MUITO OBRIGADO!**

[renato@ssgadvogados.com.br](mailto:renato@ssgadvogados.com.br)

[rmjs@usp.br](mailto:rmjs@usp.br)