

OPINIÃO

## Há desvio de finalidade nas investigações penais feitas pela Receita

1 de março de 2019, 7h04

Por Hamilton Dias de Souza e Daniel Corrêa Szelbracikowski

A imprensa, mediante [revelação](#) da **ConJur**, tem noticiado investigações secretas conduzidas pela Receita Federal em face de agentes públicos, seus sócios e familiares para fins de apuração de ilícitos fiscais e criminais.

O tema exige análise acerca dos limites jurídicos de atuação da Receita.

Preliminarmente, é preciso esclarecer que a Receita pode, sim, criar programas de fiscalização direcionados a determinado grupo de pessoas (vg.: empresários, advogados, agentes públicos, professores etc.). É necessário, apenas, que os critérios de seleção sejam impessoais, objetivos e adequados à finalidade precípua do Fisco: arrecadar tributos.

Conforme consta da Nota 48 RFB/Copes (02/03/18) a Receita criou um programa específico (*ContÁgil*) para investigar uma base de mais de 800 mil agentes públicos “de todas as esferas de governo”. Esse programa filtraria os agentes públicos, seus parentes e sócios em empresas de até segundo grau a partir de critérios objetivos, tais como patrimônio acima de R\$ 5 milhões, aumento patrimonial superior a quinhentos mil reais, rendimento isento declarado acima de R\$ 500 mil e valor de dinheiro mantido em espécie acima de R\$ 100 mil.

Isso por si só não é ilegal e nem desborda da competência da RFB, desde que a finalidade da investigação seja meramente fiscal. A Receita pode fiscalizar determinado grupo de pessoas, utilizando-se, para tanto, de todos os meios lícitos que estão à sua disposição – tais como cruzamento de informações, dados bancários recebidos de instituições financeiras, declarações do próprio contribuinte, etc. O Fisco rotineiramente realiza esse tipo de cruzamento de

informações em relação aos contribuintes em geral, de modo que, se não pudesse fazê-lo em relação aos agentes públicos, haveria violação ao princípio republicano da isonomia previsto no artigo 5º da Constituição.

Porém, embora seja possível estabelecer-se grupo de contribuintes sobre o qual será direcionada a operação de fiscalização, a Receita *não pode escolher – sem critério objetivo algum – determinada (s) pessoa (s) para investigar*. Se isso ocorrer haverá afronta ao princípio da impessoalidade (artigo 37 da Constituição) e *verdadeira devassa exploratória* que consiste em permitir que o poder público realize um “disclosure” ilimitado da vida do cidadão, sob pretenso amparo do poder/dever de fiscalização, mas sem uma justificativa concreta, sem uma causa provável.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, o poder de fiscalização "não pode converter-se num instrumento de indiscriminada e ordinária devassa da vida financeira das pessoas" (MS 21 .729-4/DF – Min. Celso de Mello). Mais que isso, “o processo democrático é incompatível com ‘denuncismo’” (Inq. 1828 – Min. Nelson Jobim).

Em outras palavras, os critérios de investigação devem ser objetivos e impessoais. Se não forem, haverá ilegalidade.

Além disso, as fiscalizações da Receita *devem mirar exclusivamente ilícitos tributários, nunca penais*.

Ocorre que *a RFB tem justamente adentrado ao campo das investigações criminais*. Isso, sim, é ilegal. De acordo com a Nota 48 RFB/Copes, a própria Receita admite que instaurou grupo especial de fiscalização para, mediante “processo de investigação com abordagem exploratória”, descobrir “**indícios de crimes** contra a ordem tributária, **corrupção e lavagem ou ocultação de bens**, direitos e valores envolvendo agentes públicos”.

*A Receita não pode criar uma investigação paralela para buscar supostos ilícitos penais, pois isso implica desvio de finalidade*. Se, no curso do processo regular de fiscalização tributária, o fiscal da Receita detectar indícios da prática de crime comum (vg.: corrupção), tais informações devem ser encaminhadas ao Ministério Público para que este órgão eventualmente instaure investigação criminal, nos termos do artigo 129 da Constituição.

Repita-se, a Receita só tem competência para tratar de questões tributárias. Qualquer investigação deve ter por finalidade apurar eventual ilícito dessa natureza. Se tiver propósito outro haverá desvio de finalidade.

Por fim, o direito ao contraditório e à ampla defesa (*due process of law*) determinaria, no mínimo, que os investigados pela Receita Federal fossem cientificados dos procedimentos em curso e intimados para prestar eventuais esclarecimentos.

Em síntese, não há óbice para a instauração de programa especial de fiscalização direcionado a determinado grupo de indivíduos, desde que os critérios de seleção sejam impessoais e objetivos. A par disso, a fiscalização deve ter por objetivo a apuração exclusiva de ilícitos tributários, não podendo servir de pretexto para a investigação de crimes comuns, cuja competência escapa à Receita Federal. Nesse contexto, eventuais investigações *criminais* realizadas pela Receita Federal são nulas em decorrência do flagrante desvio de finalidade.

Hamilton Dias de Souza é advogado, mestre em direito constitucional, especialista em direito tributário e sócio da Advocacia Dias de Souza.

Daniel Corrêa Szelbracikowski é sócio da Advocacia Dias de Souza, mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e especialista em Direito Tributário.

Revista **Consultor Jurídico**, 1 de março de 2019, 7h04