



Opinião: Portaria RFB 1.750/2018 viola direitos dos contribuintes

No último dia 14 foi publicada a Portaria RFB 1.750/2018, que versa sobre a representação fiscal para fins penais referente a crimes contra a ordem tributária, contra a Previdência Social, e de contrabando ou descaminho, sobre representação para fins penais referente a crimes contra a administração pública federal. Uma das inovações da normativa tem por objeto a criação de uma lista, divulgada no site da Receita Federal, elencando os contribuintes que tiverem em seus processos administrativos representações fiscais para fins penais.

A lista, segundo dispõe o artigo 16 da portaria, divulgará, após o encaminhamento da informação ao MPF, o número do processo referente à representação, o nome e o número do CPF ou do CNPJ dos responsáveis pelos fatos que configuram o ilícito objeto da representação fiscal para fins penais, bem como das pessoas jurídicas relacionadas ao ato ou fato que ensejou a representação.

Ainda nos termos da portaria, as informações serão apuradas mensalmente, sendo excluídas da lista quando extinto o processo de representação, inclusive mediante quitação de parcelamento, por determinação judicial ou quando, por decisão administrativa ou judicial, o contribuinte deixar de ser considerado responsável ou corresponsável pelo ilícito penal objeto da representação.

A edição da normativa, ainda que em linha com o movimento de transparência e publicidade, promovida em especial pela Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), enseja reflexões, especialmente no que se refere à conhecida e complexa relação entre os direitos do contribuinte e os poderes da administração tributária. Isso porque, em que pese ser a transparência fundamental para o desenvolvimento das relações jurídicas, esta não pode violar direitos fundamentais estabelecidos na ordem jurídica, sob pena de violação da CRFB/88 e da própria lei de acesso à informação.

Nessa linha, deve-se deixar claro que a relação entre Fisco e contribuinte não constitui uma relação de poder, mas uma relação de direitos, tutelada pela legislação e pautada em princípios basilares previstos na CRFB/88. Sob esse aspecto, parece a Portaria 1.750/2018 extrapolar aquilo que se espera da Receita Federal no que se refere à sua missão de “exercer a administração tributária e aduaneira com justiça fiscal e respeito ao cidadão em benefício da sociedade”^[1], pelos motivos expostos a seguir.

O primeiro ponto que merece ser objeto de análise leva em consideração a violação do princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência, previsto no artigo 5º da CRFB/88^[2] e no artigo 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos^[3].

A violação sustentada se fundamenta na ideia de que, a partir da disponibilização do nome da empresa e dos responsáveis no site da Receita Federal, se está punindo o contribuinte *antes da confirmação da acusação*. Isso porque, em que pese o dever de observância do princípio da publicidade, que assegura a validade dos atos administrativos e reflete postura democrática, com o objetivo precípua de assegurar a transparência, oportunizando sua fiscalização não só pelas partes, como por toda a comunidade^[4], não se pode afastar a presunção de inocência, princípio de hierarquia igualmente constitucional.

Apesar de a regra ser a publicidade recomendável, deve-se compreender que esta, como toda e qualquer



garantia, não tem caráter absoluto, podendo ser objeto de restrição em situações em que o interesse público à informação deva ceder em virtude de outro interesse de caráter preponderante no caso concreto. Daí se falar em publicidade restrita, ou interna, que se caracteriza quando houver alguma limitação à publicidade dos atos do processo.

Nesse diapasão, cabe ressaltar que a portaria em tela, mais precisamente em seu artigo 16, assegura o princípio da publicidade na fase preliminar — durante a apuração dos ilícitos penais —, sendo tal conclusão extraída do próprio parágrafo 2º da normativa[5]. Nota-se, todavia, que tal inciso diz respeito à *etapa preliminar*, na qual as investigações ainda estão em curso e, assim, presentes apenas *indícios de autoria* e materialidade da infração penal — corroborado pela expressão “que, *em tese*, configura o ilícito penal”, previsto naquele dispositivo. Sendo assim, não há que se falar em publicidade das informações listadas no dispositivo em comento, em razão da ofensa ao princípio da não culpabilidade.

Nos termos acima, diante da ausência de confirmação da verossimilhança das alegações deduzidas nas representações fiscais para fins penais, se está, nessa fase preliminar da investigação, apurando a presença de *elementos de informação*, e não provas acerca do evento, de modo a afastar a convicção acerca da autoria e materialidade do ilícito penal.

Ademais, no tocante à representação fiscal preconizada no artigo 16 da portaria, cabe salientar que, em se tratando de crime contra a ordem tributária, o STF vem se posicionando no sentido de que a decisão definitiva no processo administrativo fiscal, concluindo pela efetiva supressão ou redução do tributo, constitui justa causa e condição objetiva de punibilidade em relação aos crimes definidos no artigo 1º da Lei 8.137/90, por terem a natureza de crimes materiais[6].

A justa causa, por sua vez, consiste na prova da existência do crime e *indícios suficientes* de autoria. Neste diapasão, nota-se que o artigo 16 da presente portaria, ao prever a divulgação do número de processo referente à representação, bem como o nome e número do CPF dos responsáveis pelos fatos que configuram o ilícito objeto da representação fiscal, desencadeia um *juízo preliminar de autoria*, imputando a suposta prática delituosa à determinada pessoa física em momento anterior à configuração do crime, vez que a justa causa tem natureza de elemento suplementar do tipo, de modo que, caso não haja sua implementação, o delito não se configura.

Veja-se que, após a solidificação da referida posição da corte suprema, com a edição da Súmula Vinculante 24, ocorreu o advento das leis 12.350/10 e 12.382/11, que, entre outras providências, trataram da representação fiscal para fins penais, da suspensão da pretensão punitiva e da extinção da punibilidade pelo pagamento. Neste tópico é importante frisar que a Lei 12.350/10 deu nova redação ao *caput* do artigo 83 da Lei 9.430/96 ao dispor que “a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos artigos 1 e 2 da Lei nº 8.137/90, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal, será encaminhada ao Ministério Público *depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente*”.

Assim, o processo criminal somente será instaurado após o término do processo administrativo fiscal se nele ocorrer o lançamento definitivo do tributo[7]. Importante anotar, na mesma linha, que as pessoas físicas elencadas como supostas autoras dos crimes previstos na normativa passam a sofrer estigmas da



culpabilidade mesmo ausente a justa causa para a própria tipificação penal.

A afirmação tem fundamento na ideia de que, se o crime ainda não se configurou — vez que exigível o lançamento definitivo do tributo que ocorre apenas após o término do processo administrativo fiscal —, a divulgação dos nomes dos supostos responsáveis se revela medida precipitada e ilegal.

Ainda que os argumentos acima não fossem suficientes para se verificar a ilegalidade da normativa, interessante anotar que esta prevê a divulgação do nome e número de inscrição das pessoas jurídicas supostamente envolvidas em crimes contra a ordem tributária. Veja-se, todavia, que a jurisprudência dos tribunais superiores é firme no sentido de que apenas podem ser imputados às pessoas jurídicas os crimes insculpidos na Lei 9.605/98 — de natureza ambiental —, revelando abuso das autoridades fiscais que, ao prever a divulgação dos nomes das pessoas jurídicas, comprometem sua operação e sua imagem no mercado por crimes que não podem ser a ela atribuída responsabilidade.

A portaria viola ainda a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores no que se refere à impossibilidade de sanção política. As sanções políticas constituem medidas ilegítimas da administração tributária no que se refere à cobrança de créditos tributários, e ocorrem quando a postura da administração tributária revela medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário reprovada no exame de proporcionalidade e razoabilidade frente aos direitos dos contribuintes[8].

Interessante, a esse respeito, a posição do STF no RE 565.048-RS, na qual se reafirmou a inconstitucionalidade de sanções políticas. Naquela oportunidade, o ministro Joaquim Barbosa foi categórico ao asseverar que “somente são admissíveis as medidas extremas se, em ponderação, ficar demonstrado sem dúvida razoável que a intenção da pessoa jurídica é obter sistematicamente vantagens econômicas com a contumaz sonegação. Porém, precisamos nos lembrar que a isolada falta de pagamento de valor do tributo, a inadimplência tributária, é insuficiente para caracterizar a intenção criminoso do sujeito passivo”[9].

É necessária, portanto, a ponderação de valores e bens jurídicos, através da aplicação do postulado da proporcionalidade, no sentido de dever estrutural que impõe condições para a aplicação do direito, verificando a relação de causalidade entre elementos discerníveis, um meio e um fim, servindo como mecanismo de controle dos atos do poder público. E mais: deve-se ainda testar a relação dos fins com direitos fundamentais, servindo para justificar sua não realização plena[10].

A proporcionalidade, no que se refere à restrição aos direitos fundamentais, envolve a análise sob três aspectos distintos: (i) a adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito — verificando se, dentre as várias medidas possíveis, a adotada traz mais benefícios do que malefícios no que se refere à promoção dos direitos fundamentais.

Nos parece, todavia, que a listagem dos contribuintes suspeitos não atende a nenhum dos três requisitos, na medida em que:

- não é adequada, na medida em que divulga, antes de qualquer confirmação das acusações dos crimes, punindo-os perante o mercado e dificultando a continuidade de sua operação apenas com indícios — cuja imputação é arbitrária por parte da fiscalização — da existência de crimes. Ainda



neste tópico, a Receita Federal, como órgão responsável pela arrecadação, nem mesmo teria legitimidade para realizar a “punição” antecipada das empresas e sócios. Justamente por isso as autoridades fiscais, ao perceberem *indícios* de crimes, encaminham os autos ao MPF para investigação. Ora, se a Receita não possui legitimidade para investigar, por decorrência lógica não poderia divulgar nomes de empresas que ainda passarão pela investigação, reforçando a ideia de que a divulgação da lista prevista no artigo 16 revela-se inadequada;

- não é necessária, na medida em que, além de potencialmente dificultar a continuidade da fiscalização, em nada a auxilia. Desse modo, nada impede que a divulgação se dê — em homenagem ao princípio da publicidade e da transparência — após a confirmação das acusações, momento em que espera a confirmação da existência de crimes por órgão julgador, o que não ocorre no momento em que se indica ao MPF a possibilidade de sua existência e;
- não é proporcional em sentido estrito na medida em que promove mais desvantagens do que vantagens em relação ao fim objetivado pela Receita Federal. Nesse contexto, se a finalidade é evitar a prática de crimes com objetivo de suprimir o pagamento de tributo, a divulgação do nome dos suspeitos não traz qualquer vantagem efetiva à investigação, ao contrário, a prejudica, além de causar prejuízos irreparáveis à imagem das empresas e de seus sócios, que, após o final da investigação sem confirmação das suspeitas, “cumprirão pena social” pelo mercado sem qualquer fundamento.

Em outras palavras, a divulgação dos nomes das empresas e de seus sócios em momento anterior a qualquer procedimento de investigação reflete evidente sanção política, que dificulta ou inviabiliza a atividade econômica sem qualquer comprovação da existência de crimes, punindo-a de forma definitiva — na medida em que é incalculável a reconstrução de seu nome no mercado — antes mesmo de qualquer confirmação de práticas ilícitas, constituindo flagrante violação à jurisprudência do STF.

A medida, da forma como posta, não apenas causa danos à imagem dos contribuintes, mas prejudica — e até mesmo inviabiliza — a operação das empresas de forma definitiva. Isso porque, ao passar a integrar a lista, serão as empresas impedidas de realizar negócios com fornecedores e clientes em razão dos sistemas de *compliance* e gestão modernas.

Por fim, mas não menos importante, a divulgação da lista serve como meio ilegal para forçar os contribuintes a realizarem o pagamento ou parcelamento dos tributos a ela imputados antes de discuti-los para evitar que sejam seus nomes divulgados, tendo em conta a previsão da própria normativa no sentido de que a extinção do crédito enseja a exclusão da lista, constituindo método ilegítimo para a cobrança de tributos.

A cobrança transversa, nesse contexto, viola a moralidade administrativa, prevista no artigo 37 da CRFB/88, princípio de observância obrigatória pela administração pública que constitui pilar da lei de acesso à informação, que em seu artigo 3º prevê que a legislação assegura o direito fundamental de acesso à informação “executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública”.

Diante das questões apontadas, que poderiam ser somadas a outras, a Portaria 1.750/2018 viola o direito dos contribuintes não apenas do ponto de vista do Direito Tributário, mas também no que toca aos princípios decorrentes do Direito Penal, devendo ser imediatamente revista.



[1] Cf. <http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/institucional/estrutura-organizacional/arquivos-e-imagens/missao-visao-e-valores.png/view>

[2] BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º, LVII.

[3] LIMA. Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 5ª Ed. Salvador: Ed. JusPodvium, 2017. p. 43.

[4] LIMA. Op Cit. p. 63.

[5] Portaria RFB 1.750/2018. art. 16 § 2º: II- quando, por decisão administrativa ou judicial, a pessoa deixar de ser considerada responsável ou corresponsável pelo fato que, em tese, configura o ilícito penal objeto da representação.

[6] Cf. Habeas Corpus 81.611/DF.

[7] HABIB. Gabriel. *Leis Penais Especiais*. 10ª ed. Salvador. Juspodivm, 2018 p. 802.

[8] STF. ADI 5.135 – DF. Rel. Roberto Barroso. Pub. 21/11/2016.

[9] STF. RE 565.058. Rel. Marco Aurélio. Pub. 9/10/2014.

[10] LEÃO. Martha Toribio. *Controle da Extrafiscalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2015 p. 139

Date Created

28/11/2018