

HABEAS CORPUS Nº 242.750 - DF (2012/0100908-6)

RELATOR : **MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**
IMPETRANTE : JOAQUIM FLÁVIO SPÍNDULA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : EMIVAL DA ABADIA OLIVEIRA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NULIDADE DA PROVA. APREENSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS INDEPENDENTE DE MANDADO JUDICIAL. PRECEDENTES DO STJ. APREENSÃO DE DOCUMENTOS PELA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA. POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. VIA ELEITA INADEQUADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. No caso de o remédio constitucional ter sido impetrado antes da alteração do referido entendimento

jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal deverá ser enfrentado, para que se examine a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

4. A jurisprudência desta Corte tem orientação no sentido de que os documentos e livros que se relacionam com a contabilidade de empresa não estão protegidos por nenhum tipo de sigilo e são, inclusive, de apresentação obrigatória por ocasião das atividades fiscais.

5. A apreensão de documentos pela administração fazendária tem respaldo legal e na jurisprudência desta Corte.

6. O *habeas corpus* não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é peculiar ao processo de conhecimento.

7. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, em não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente na sessão de 02/05/2013: Dr. Joaquim Flávio Spindula (p/pacte) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 18 de junho de 2013 (Data do Julgamento).

MINISTRO CAMPOS MARQUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)
Relator

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 242.750 - DF (2012/0100908-6)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : JOAQUIM FLÁVIO SPÍNDULA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : EMIVAL DA ABADIA OLIVEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de EMIVAL DA ABADIA OLIVEIRA, condenado a uma pena de quatro (4) anos, três (3) meses e vinte (20) dias de detenção, pelo cometimento dos crimes descritos no art. 1º, incisos II e V, da Lei n. 8.131/1990 (213 vezes), na forma do art. 71 do Código Penal, no qual impugna ato do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que, no julgamento da apelação das partes, rejeitou a nulidade apontada pela defesa.

O impetrante afirma, em breve síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal, porque a prova que embasou a sua condenação é absolutamente nula, uma vez que foi obtida ilicitamente.

Para justificar esta afirmação, o impetrante afirma que fiscais da Receita do Distrito Federal compareceram nas lojas da empresa de propriedade do paciente - Natureza Comércio e Representação de Produtos Naturais Ltda., nome fantasia "O Boticário", locais em que, depois de intensa fiscalização, nada encontraram de irregular, porém, na sequência, de forma totalmente ilegal, já que não dispunham de mandado, efetivaram uma busca no escritório central da firma, onde abriram gavetas e acessaram computadores, e, ao término, consignaram que encontraram "*vários registros que denominam de 'demonstrativo do controle paralelo de vendas', os quais foram apreendidos, juntamente com o disquete do computador e levados para a sede do órgão fiscalizador*" (fl. 4-STJ).

Continuando, relata que baseados em tais elementos e em comparação com os registros de vendas nos livros oficiais, também apreendidos, os fiscais concluíram que houve sonegação, lavrando, então, o auto de infração, com a imposição de multa, muito embora nada tenham

Superior Tribunal de Justiça

encontrado ao fiscalizar as lojas.

O impetrante, com esteio no parecer do jurista Antônio Scarance Fernandes acostado aos autos, sustenta que *"para a fiscalização tributária efetuar a apreensão de documentos ou acessar arquivos constantes dos computadores de estabelecimentos particulares, é de rigor prévia intervenção judicial"*, caso contrário, haveria ofensa aos direitos à intimidade, à inviolabilidade de domicílio e do sigilo de dados, protegidos pela Constituição Federal (fl. 9/STJ).

Ainda, com base no aludido parecer, aponta a existência de precedentes do STF, no sentido de que a imprescindibilidade de mandado judicial atinge, inclusive o poder fiscalizatório dos agentes fiscais e que o atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, mesmo que cuide de atividade exercida pelo Poder Público, em sede de fiscalização tributária, já que também *"o paciente não autorizou a entrada em seu escritório dos fiscais tributários, tampouco o recolhimento de documento e disquete de computador, o que foi feito à sua revelia, com truculência e ameaça de prisão"* (fl. 14-STJ).

Invoca, também, em apoio a tese defensiva, a jurisprudência do STJ e do STF, no sentido de que a apreensão de documentos em escritório, sem autorização judicial e em afronta à garantia da inviolabilidade de domicílio e que a imprescindibilidade de mandado judicial atinge, inclusive, a atuação dos aludidos servidores.

A liminar foi indeferida pelo antigo relator, o Ministro Adilson Vieira Macabu, Desembargador convocado do TJ/RJ (fls. 188-190/STJ).

Informações recebidas (fls. 202-236/STJ).

O Ministério Público Federal, no parecer lançado pelo eminente Subprocurador-Geral da República Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, opinou pela denegação da ordem (fls. 248-252/STJ).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 242.750 - DF (2012/0100908-6)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : JOAQUIM FLÁVIO SPÍNDULA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : EMIVAL DA ABADIA OLIVEIRA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NULIDADE DA PROVA. APREENSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS INDEPENDENTE DE MANDADO JUDICIAL. PRECEDENTES DO STJ. APREENSÃO DE DOCUMENTOS PELA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA. POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. VIA ELEITA INADEQUADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

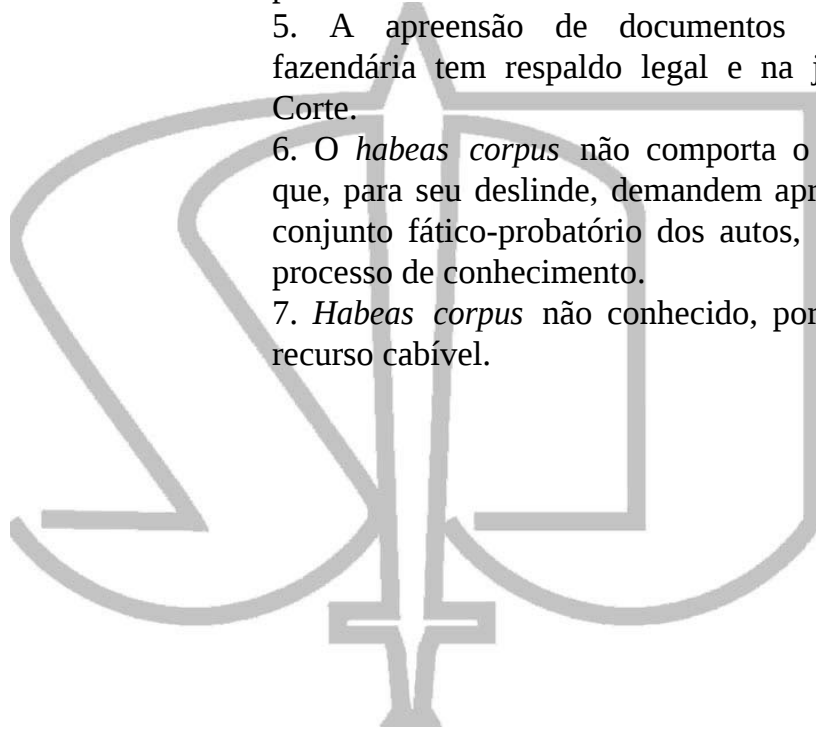
3. No caso de o remédio constitucional ter sido impetrado antes da alteração do referido entendimento jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal deverá ser enfrentado, para que se examine a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

4. A jurisprudência desta Corte tem orientação no sentido de que os documentos e livros que se relacionam com a contabilidade de empresa não estão protegidos por nenhum tipo de sigilo e são, inclusive, de apresentação obrigatória por ocasião das atividades fiscais.

5. A apreensão de documentos pela administração fazendária tem respaldo legal e na jurisprudência desta Corte.

6. O *habeas corpus* não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é peculiar ao processo de conhecimento.

7. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível.



Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 242.750 - DF (2012/0100908-6)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : JOAQUIM FLÁVIO SPÍNDULA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : EMIVAL DA ABADIA OLIVEIRA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)(Relator):

De início, é importante destacar que o *habeas corpus*, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, presta-se a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção, sendo restrito às hipóteses de ilegalidade evidente, incontroversa, relativa a matéria de direito, cuja constatação independa de qualquer análise probatória.

Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Essa orientação foi aplicada pela Primeira Turma da Corte Suprema, no julgamento do HC nº 109.956/PR, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, e do HC nº 114.550/AC, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Destaco, ainda, o HC nº 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico. Contra a

Superior Tribunal de Justiça

denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado."

O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:

Superior Tribunal de Justiça

"HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DE AGRAVANTE. TESES NÃO ALEGADAS NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial.

2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória, sendo de rigor a observância do devido processo legal.

3. Hipótese em que as teses arguidas sequer foram objeto da apelação, razão pela qual não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem, o que impede seu exame por esta Corte, sob pena de supressão de instância.

4. Habeas corpus não conhecido" (HC 131.970, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Julgamento realizado em 28.8.2012, DJe de 05.9.2012).

No entanto, considerando que este remédio constitucional foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado, para que se examine a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

E, neste aspecto, cumpre consignar, desde logo, que o paciente foi condenado por crime contra a ordem tributária (sonegação fiscal) e não teve acolhida, pela instância ordinária, a tese da nulidade da sentença, que, no seu entender, teve por base prova ilícita colhida em seu escritório, sem mandado judicial, especificamente os chamados "*demonstrativos do controle paralelo de vendas*", que ambasaram a condenação.

O Tribunal de Justiça local, no julgamento da apelação lá interposta, assim como o fez o juiz singular ao proferir a sentença (fls.

72-73/STJ), não acolheu os argumentos acima, porque a fiscalização tributária prescinde de autorização judicial, haja vista o disposto no art. 195 do Código Tributário Nacional.

Com efeito, esta Turma, por ocasião do julgamento do HC 18.612/RJ, da relatoria do Ministro Gilson Dipp, e, posteriormente, no julgamento do AgRg no AREsp 72.199/DF, de minha relatoria, concluiu que não representa ilegalidade a apreensão, por fiscais tributários, de documentos e livros relacionados com a contabilidade da empresa, sem o respectivo mandado judicial.

Confirmam-se as ementas dos respectivos julgados:

"CRIMINAL. HC. SONEGAÇÃO FISCAL. NULIDADE DE PROCESSOS, FUNDADOS EM LIVROS CONTÁBEIS E NOTAS FISCAIS APREENDIDOS PELOS AGENTES DE FISCALIZAÇÃO FAZENDÁRIA, SEM MANDADO JUDICIAL. DOCUMENTOS NÃO ACOBERTADOS POR SIGILO E DE APRESENTAÇÃO OBRIGATÓRIA. PODER DE FISCALIZAÇÃO DOS AGENTES FAZENDÁRIOS. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. PRECEDENTE. ORDEM DENEGADA.

I. Os documentos e livros que se relacionam com a contabilidade da empresa não estão protegidos por nenhum tipo de sigilo e são, inclusive, de apresentação obrigatória por ocasião das atividades fiscais.

II. Tendo em vista o poder de fiscalização assegurado aos agentes fazendários e o caráter público dos livros contábeis e notas fiscais, sua apreensão, durante a fiscalização, não representa nenhuma ilegalidade. Precedente.

III. Ordem denegada. (HC 18.612/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJe 17/03/2002 - grifo nosso).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APREENSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS INDEPENDENTE DE MANDADO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE, NA PRESENTE VIA RECURSAL. ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O recurso não reúne condições de ser admitido, já que a

questão referente à possibilidade de apreensão de documentos fiscais, sem o referido mandado judicial, encontra-se consolidada na jurisprudência desta Corte.

2. A análise da alegação do agravante, de que os documentos e livros apreendidos não se relacionam com a contabilidade da empresa, estando, portanto, protegidos por algum tipo de sigilo, implicaria o reexame do conjunto fático-probatório, providência inadmissível em sede de recurso especial, ante o óbice do Enunciado n. 7 da Súmula/STJ.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp 72.199/DF, de minha relatoria, DJe de 22.2.2013, grifo nosso).

Cito, ainda, sobre o tema, os seguintes precedentes desta Corte:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. ALEGAÇÃO DE QUE O PROCEDIMENTO INQUISITORIAL FOI FUNDADO COM BASE EM PROVAS OBTIDAS ILICITAMENTE. IMPROCEDÊNCIA. LICITUDE DA APREENSÃO DAS PROVAS E EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS AUTÔNOMOS A JUSTIFICAR O PROSSEGUIMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL.

Provas obtidas dentro do regular exercício de atividade de fiscalização fazendária, onde foram localizados notas fiscais e recibos de depósito em favor do ora paciente que estariam, a princípio, a demonstrar triangulação fraudulenta. Documentos, de qualquer forma, que reforçam mas não constituem única base para a instauração do inquérito policial.

Existência de elementos autônomos capazes, por si sós, de justificar o inquérito policial, havendo indícios de que o paciente era beneficiário de esquema de sonegação fiscal em relação ao pagamento de ICMS na comercialização de carne de suínos.

O trancamento de inquérito policial cabe tão-somente em hipóteses excepcionais em que, de pronto, mostre-se evidente, v.g., a atipicidade do fato ou a inexistência de autoria por parte do indiciado, o que não ocorre no presente caso.

Recurso desprovido" (RHC 11.934/RS, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 25.2.2002, grifo nosso).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. ATOS DE FISCALIZAÇÃO. APREENSÃO DE LIVROS FISCAIS. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA. IMPROCEDÊNCIA.

[...]

- *Os agentes da fiscalização fazendária, no exercício de suas atribuições fiscais, podem apreender livros de registro fiscal de empresas para exame acurado da eventual ocorrência de fraude, não se exigindo para tal exibição de mandado judicial.*

- *Se para o deslinde da questão relativa a regularidade do procedimento de fiscalização torna-se necessário o exame de fatos controvertidos, o tema situa-se fora do alcance do habeas-corpus, que não é instrumento adequado para se obter sentença de absolvição sumária.*

- *Recurso ordinário desprovido" (RHC 8679/SC, Rel. Ministro Vicente Leal, DJ de 04.10.1999, grifo nosso).*

O reclamo relativo a apreensão de documentos pela administração fazendária, por igual, não procede, vez que o art. 35 da Lei n. 9.430/96, que dispõe sobre a legislação tributária federal, assim autoriza, ao estabelecer que "os livros e documentos poderão ser examinados fora do estabelecimento do sujeito passivo, desde que lavrado termo escrito de retenção pela autoridade fiscal, em que se especifiquem a quantidade, espécie, natureza e condições dos livros e documentos retidos."

Além disso, o § 1º do mesmo artigo, estabelece que, "constituindo os livros ou documentos prova da prática de ilícito penal ou tributário", como era o caso, "os originais retidos não serão devolvidos, extraindo-se cópia para entrega ao interessado", ou seja, não há qualquer ilegalidade na providência da autoridade administrativa.

Não custa registrar, a propósito das disposições acima, o que restou consignado no voto-vista que prevaleceu no Recurso Especial nº 732.369/MG, da lavra do Ministro Castro Meira, no sentido de "que o artigo 194 do CTN delegou à fiscalização tributária - federal, estadual ou municipal, conforme o caso - a atribuição de regular os poderes e as competências das autoridades administrativas em matéria de fiscalização. "

Aliás, o Termo de Arrecadação de Documentos de fl. 51 mostra

Superior Tribunal de Justiça

que foi lavrado o documento exigido no art. 35, *caput*, acima citado, no qual é invocado o art. 50, combinado com o art. 56, ambos da Lei Distrital n. 1.254/96, o que revela que a legislação local também autoriza a respectiva retenção.

Por fim, no que tange a alegação de que o paciente vedou o acesso dos fiscais ao seu escritório, ou seja, de que houve ofensa ao princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio, vale registrar que o acórdão impugnado, ao tratar da autoria da infração penal, transcreveu o depoimento de Marco Antônio Cardoso Vilarinho, um dos fiscais presentes ao ato e do qual se extrai que *"o procedimento foi padrão e foi franqueado ao depoente o acesso a toda documentação"* (fl. 31-STJ), e esta, na verdade, foi a decisão do Tribunal de Justiça, ao concluir *"que não há que se falar, conforme registrado acima, em violação do disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal"* (fl. 120-STJ).

Para dizer, eventualmente, o contrário, como busca o impetrante, é necessário o revolvimento da prova, o que não é possível na via eleita, conforme registra, unanimemente a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Diante do exposto, tendo em conta o descabimento do *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário, nos termos do argumento inicialmente apresentado, e considerando a inocorrência de constrangimento ilegal, não conheço do presente *habeas corpus*.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2012/0100908-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 242.750 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20050111029745 20060110010296 20060110011756 20070111167876 242750
465480 478773

EM MESA

JULGADO: 02/05/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOAQUIM FLÁVIO SPÍNDULA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

PACIENTE : EMIVAL DA ABADIA OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. JOAQUIM FLÁVIO SPINDULA (P/PACTE) E
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do pedido, pediu vista a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) "

Aguardam os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 242.750 - DF (2012/0100908-6)

RELATOR : **MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**
IMPETRANTE : JOAQUIM FLÁVIO SPÍNDULA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : EMIVAL DA ABADIA OLIVEIRA

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de EMIVAL DA ABADIA OLIVEIRA, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que negou provimento à Apelação 20060110011756.

Depreende-se dos autos que auditores tributários realizaram fiscalização no escritório central da empresa Natureza Comércio e Representação Produtos Naturais Ltda., nome fantasia *O Boticário*, representada pelo ora paciente, onde arrecadaram vários documentos contendo relações de vendas que totalizavam valores superiores aos constantes dos livros fiscais da empresa, o que levou à lavratura de Autos de Infração por sonegação de ICMS.

Em primeiro grau, o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 1º, II e V, da Lei 8.137/90 (213 vezes), c.c. o art. 71 do Código Penal. Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso. Contra esse acórdão foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados. Por último, inadmitidos os recursos especial e extraordinário e desprovidos os agravos, a condenação transitou em julgado.

No presente *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, que a condenação está baseada em prova ilícita, pois os auditores tributários tinham de estar munidos de mandado judicial para arrecadar os documentos no escritório central da empresa.

Requer, assim, a anulação do processo e o *desentranhamento da prova ilícita para que se faça novo procedimento, dentro da lei, em que o paciente provará a*

Superior Tribunal de Justiça

sua inocência (fl. 21).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, tendo em vista a regularidade na colheita das provas. Argumentou, em suma, que, segundo o art. 195 do CTN, *não pode haver qualquer disposição legal que exclua ou limite o direito de examinar livros, documentos, papéis, efeitos fiscais, entre outros, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los* (fl. 251).

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não

Superior Tribunal de Justiça

ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente writ por se cuidar de substitutivo de recurso próprio e passo à análise de eventual constrangimento ilegal sanável de ofício.

Conforme relatado, auditores tributários realizaram fiscalização no escritório central da empresa do ora paciente, onde arrecadaram vários documentos contendo relações de vendas que totalizavam valores superiores aos constantes dos livros fiscais, o que levou à lavratura de Autos de Infração por sonegação de ICMS.

A controvérsia diz respeito à necessidade ou não de mandado judicial.

Consta da sentença condenatória que o Auditor Fiscal MARCO ANTÔNIO CARDOSO VILARINHO, ao prestar depoimento, afirmou que o paciente **franqueou** o acesso a toda a documentação, confira-se:

Às perguntas do MP, respondeu: "Que foi montada uma operação com diversas equipes, em diversas lojas do Boticário; que o depoente foi designado para o escritório central do Boticário; **que o procedimento foi padrão e foi franqueado ao depoente o acesso a toda a documentação**; que examinaram planilhas que mostravam um controle de faturamento em diversas lojas; que imprimiram o material; que o acusado estava no local e rubricou as folhas para dizer que havia sido retirado de seu estabelecimento; que depois foram confrontar essas informações com os livros contábeis do acusado; que deu uma diferença e essa diferença a legislação prevê é um controle paralelo, ou seja, caixa dois; que diante disso, a diferença foi autuada e tratada como sonegação de imposto (fl. 76).

No mesmo sentido, asseverou o Tribunal de origem, ao julgar os embargos de declaração, que *não houve maior resistência por parte do recorrente* (ora paciente), *salvo quanto a oposição de sua assinatura em alguns documentos apreendidos* (fl. 120).

Portanto, autorizado pelo paciente o acesso aos documentos, não há falar

Superior Tribunal de Justiça

em ilicitude da prova por falta de mandado judicial, ressaltando-se que, para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, é necessário o reexame de provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

Ademais, mesmo que o acesso aos documentos tivesse sido vedado pelo paciente, a atuação dos auditores fiscais seria lícita, pois dispõe o art. 195 do CTN que, *para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.*

Conforme consta do voto do Relator, há inúmeros julgados desta Corte no sentido de que *os documentos e livros que se relacionam com a contabilidade da empresa não estão protegidos por nenhum tipo de sigilo e são, inclusive, de apresentação obrigatória por ocasião das atividades fiscais* (HC 18612/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 17/12/2002, DJ 17/03/2003, p. 244).

Ante o exposto, acompanhando o em. Ministro Relator, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0100908-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 242.750 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20050111029745 20060110010296 20060110011756 20070111167876 242750
465480 478773

EM MESA

JULGADO: 28/05/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOAQUIM FLÁVIO SPÍNDULA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

PACIENTE : EMIVAL DA ABADIA OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE NA SESSÃO DE 02/05/2013: DR. JOAQUIM FLÁVIO SPINDULA (P/PACTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministros Relator não conhecendo do pedido, no que foi acompanhado pelo voto-vista da Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), pediu vista a Sra. Ministra Laurita Vaz".

Aguardam os Srs. Ministros Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze.

HABEAS CORPUS Nº 242.750 - DF (2012/0100908-6)

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de EMIVAL DA ABADIA OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios na apelação criminal n.º 20060110011756.

Narra o Impetrante que, no período compreendido entre 09/04/2003 e 03/07/2003, agentes da Receita do Distrito Federal realizaram fiscalização na empresa representada pelo Paciente – NATUREZA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE PRODUTOS NATURAIS LTDA. (nome fantasia: "O Boticário"), ocasião em que nada de ilícito foi encontrado. Afirma que as apontadas irregularidades só exsurgiram quando os fiscais se dirigiram até o escritório central da empresa, *"onde entraram, abriram gavetas, acessaram o computador e de sua memória disseram ter imprimido vários registros que denominaram de 'demonstrativos do controle paralelo de vendas', os quais foram, no mesmo ato apreendidos, juntamente com o disquete do computador e levados para a sede do órgão fiscalizador"* (fl. 04). Consta da exordial, ainda, que o inquérito policial teria sido instaurado exclusivamente com base nesses documentos adquiridos sem mandado judicial.

Instruído o feito, o Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 04 (quatro) anos, 03 (três) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 1.º, inciso II e V, da Lei n.º 8.137/1990 (por 213 vezes), c.c. art. 71 do Código Penal. Em grau de apelação, o Tribunal de origem negou provimento aos recursos, e, inadmitidos os recursos especial e extraordinário e desprovidos os agravos, a condenação transitou em julgado.

Sustenta-se neste *writ* que a condenação foi baseada em prova ilícita, pois era imprescindível que, para averiguar os documentos do escritório central da empresa, os fiscais da Receita estivessem munidos de mandado judicial. Requer, em razão disso, a anulação do processo e o desentranhamento dos documentos maculados pela ilicitude, para que novo procedimento seja instaurado.

Após o voto do eminente Relator, Ministro Campos Marques, não conhecendo do pedido, no que foi acompanhado pelo voto-vista da eminente Ministra Marilza Maynard,

Superior Tribunal de Justiça

pedi vista dos autos para melhor analisá-los.

Como se vê, a *quaestio* se resume a saber se as provas para a condenação foram coletadas pelos agentes fazendários nos estritos limites da lei.

Pois bem.

Não há dúvida de que os fiscais da Receita, na ocasião da visita ao escritório central da empresa, não estavam respaldados por mandado judicial. A questão de prova colocada pela Defesa, tanto na inicial como na sustentação oral, é que o Paciente não teria franqueado a entrada dos agentes fiscalizadores no estabelecimento. Segundo se sustenta, isso impedia que os fiscais abrissem gavetas, olhassem documentos e, sobretudo, tivessem acesso direto a todo conteúdo do computador que lá existia.

Não obstante o esforço defensivo, o certo é que esse tipo de alegação não pode ser reavaliada nos estreitos limites do *habeas corpus*, ação constitucional avessa à dilação probatória, sobretudo porque as instâncias ordinárias, soberanas na análise de conteúdo fático-probatório, restaram convencidas de que o Paciente, de fato, franqueou o acesso a toda a documentação e rubricou folhas impressas pelos fazendários no local (fl. 76 – sentença), bem como que foram "*apreendidos vários documentos, uns assinados pelo embargante e outros não*" (fl. 120 – acórdão).

Diante da concordância do Paciente no momento da fiscalização, resta superada a arguição de nulidade e a exigibilidade de mandado judicial.

Isso não significa, todavia, que a questão teórica de fundo não deva ser melhor debatida. Deve ficar ressaltado que, mesmo se o acesso aos documentos tivesse sido vedado pelo Paciente, a ação dos fiscais estaria legitimada pelo disposto no art. 195 do Código Tributário Nacional, sem que isso constituísse qualquer tipo de violação a direitos constitucionais.

Como se sabe, o referido dispositivo afirma que "*para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los*". Conjugado com o art. 78 do mesmo código, resta insuperável que a lei atribui ao fiscal fazendário ampla margem de discricionariedade para decidir quais os meios necessários para melhor exercer o seu poder de polícia. Diante de embaraços por parte do fiscalizado, é-lhe facultado, inclusive, chamar reforço policial para o bom cumprimento de seu ofício (art. 200

do CTN).

Mesmo estando assentado que, na primeira fiscalização realizada – aquela em que não foram encontradas irregularidades –, os fiscais tiveram acesso amplo e irrestrito a todos os livros, arquivos e papéis disponíveis, não havia impedimentos normativos para que fosse verificado, também, se nos computadores da empresa existiam documentos digitalizados que interessavam à causa.

Nem se alegue que a literalidade do art. 195 do Código Tributário Nacional não tem amplitude suficiente para abranger documentos digitalizados em computadores. Como se sabe, o mito do juiz *bouche de la loi*, criado como rebelião iluminista a abusos de poder do *ancién regime*, foi superado pela simples constatação de que a interpretação jurídica é ato concomitante de reprodução e de criação, bem como de que os textos normativos possuem, por natureza, textura aberta que demandam valorações por parte do magistrado.

O fato de não existirem computadores em 1966, na publicação do Código Tributário Nacional, está longe de impedir que a palavra "documentos" seja interpretada em sua iluminação atual. Entendimento diverso seria postura de nítido preciosismo, a exigir que, para que o fiscal exercesse seu poder discricionário também em documentos fiscais digitalizados, fosse necessário longo e custoso processo legislativo para incluir expressões óbvias no texto em vigor.

Daí que incida, também na hipótese de fiscalização de computadores e mídias digitais, a maciça jurisprudência desta Corte Superior, muito bem indicada no voto do eminente Relator, que é pacífica no sentido de que "*[o]s documentos e livros que se relacionam com a contabilidade da empresa não estão protegidos por nenhum tipo de sigilo e são, inclusive, de apresentação obrigatória por ocasião das atividades fiscais*" (HC 18.612/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJe 17/03/2012). Por óbvio, também disquetes, CDs, documentos digitalizados, e outras mídias que se relacionem com a contabilidade da empresa, colhidos por meio de acesso a computadores, não estão protegidos por nenhum tipo de sigilo, podendo ser averiguados na ocasião das atividades fiscais, nos mesmos moldes do que ocorre com os documentos físicos.

Ante o exposto, acompanho o voto do Relator.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2012/0100908-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 242.750 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20050111029745 20060110010296 20060110011756 20070111167876 242750
465480 478773

EM MESA

JULGADO: 18/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOAQUIM FLÁVIO SPÍNDULA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

PACIENTE : EMIVAL DA ABADIA OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE NA SESSÃO DE 02/05/2013: DR. JOAQUIM FLÁVIO SPINDULA (P/PACTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.