

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 77.238 - PR (2016/0271303-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE:

ADVOGADOS : WALTER BARBOSA BITTAR - PR020774

RODRIGO JOSÉ MENDES ANTUNES - PR036897

RAFAEL JUNIOR SOARES - PR045177

LUIZ ANTONIO BORRI E OUTRO(S) - PR061448

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por [REDACTED] contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado como incurso no art. 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.137/1990, em continuidade delitiva. Irresignada, a defesa impetrou prévio *mandamus*, cuja ordem foi denegada, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 5.658):

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I E II, DA LEI Nº 8.137/90). INÉPCIA DA DENÚNCIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. DIREITO AO SILÊNCIO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. ILICITUDE DE DOCUMENTOS ACUSATÓRIOS. 1. A peça acusatória que relata crimes de autoria coletiva ou conjunta, especialmente nos delitos societários, poderá conter narração genérica, sem que se exijam especificações pormenorizadas das condutas dos réus. Afastada alegação de inépcia da denúncia. 2. A data do recebimento da denúncia deve ser considerada como aquela posterior à constituição definitiva do crédito. Oferecida denúncia sem crédito constituído, e aditada a mesma após a constituição, o aditamento é efetiva denúncia primeva, e esta data, e não aquela, deve ser considerada como efetivo recebimento. 3. Eventual ausência de aviso, pela autoridade policial, acerca do direito da parte de ficar em silêncio, não é causa bastante para trancamento da ação, tendo em vista inexistir contaminação de provas a serem produzidas na instrução processual por eventuais inconsistências quando da oitiva do acusado em juízo. Ademais, a falta de notificação escrita do direito ao silêncio não significa que não foi oferecido. Por fim, tais fatos dependem de instrução probatória,

Superior Tribunal de Justiça

inviável na via estreita do writ. 4. Não há necessidade de autorização judicial para que a Receita Federal acesse documentos fiscais, nos termos do art. 6º da LC 105/2001, como já vinha entendendo a jurisprudência e agora consolidado pelo STF, no RE 601.314/SP, cuja decisão, em Repercussão Geral, no dia 24/02/2016, ainda não conta com acórdão de mérito publicado.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 5.703):

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES DE CABIMENTO. INTEGRAÇÃO DA DECISÃO. 1. Nos termos do artigo 619 do CPP, cabem embargos de declaração quando houver na decisão (sentença ou acórdão) ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, hipóteses ausentes no caso em tela. Reiterados precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça afirmam que os embargos de declaração, ainda que opostos para efeito de prequestionamento, só têm cabimento nestas restritas hipóteses elencadas no referido dispositivo. Corroborando o entendimento, a jurisprudência do STJ nos autos do AgRg no REsp nº 1.417.199/RS, 2ª T., Relatora Ministra ASSULETE MAGALHÃES, DJ 15-09-2015. 2. Embora higidamente analisada a questão, é possível fazê-lo com ainda maior acuidade para enfatizar a possibilidade de utilização, no âmbito penal, pelo Ministério Público Federal, de dados protegidos por sigilo bancários que lhe foram repassados pela SRFB, provas essas obtidas pela Receita Federal, sem interveniência do Poder Judiciário. Dado o comando dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001, e conforme fundamentação supra, é dispensada a autorização judicial para que agentes fiscais tenham acesso a informações, inclusive referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo fiscal instaurado ou procedimento fiscal em curso, caso em que o dever de sigilo será transferido a quem deles tomar conhecimento em observância, ademais, ao art. 83 da Lei nº 9.430/96.

No presente recurso, aduz o recorrente, em síntese, que o recebimento do aditamento à denúncia não tem o condão de desconstituir e substituir o marco interruptivo relativo ao recebimento da inicial, sob pena de verdadeiro *reformatio in pejus*. Aponta, no mais, ser inepta a denúncia, uma vez que não traz a data da constituição definitiva do crédito tributário. Assevera, ainda, que a simples condição de sócio administrador é insuficiente para respaldar a acusação, sob pena de

Superior Tribunal de Justiça

responsabilidade penal objetiva.

Alude, outrossim, que o recorrente não foi advertido pela autoridade policial a respeito do seu direito de permanecer em silêncio, no momento em que foi prestar suas declarações. Por fim, afirma que a imputação se baseia em provas ilícitas, consistentes em documentos fiscais encaminhados pela Receita Federal sem prévia intervenção judicial.

Pugna, liminarmente, pela suspensão da ação penal. No mérito, requer o restabelecimento da data de recebimento da denúncia, o trancamento da ação penal por inépcia, a nulidade das declarações prestadas perante a autoridade policial e o reconhecimento da ilicitude dos documentos obtidos sem intervenção do Poder Judiciário.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 5.757/5.760 e o Ministério Público Federal manifestou-se, às e-STJ fls. 5.767/5.768, pela prejudicialidade do recurso, em virtude da superveniência de sentença condenatória.

De fato, em consulta à página eletrônica do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, verificou-se a superveniência de sentença, proferida em 16/11/2016, condenando o recorrente como incurso no art. 1º, incisos I e II, c/c art. 12, inciso I, ambos da Lei 8.137/1990, em continuidade delitiva, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, a qual foi substituída por restritivas de direitos. Encontra-se pendente de julgamento o recurso de apelação.

Por fim, o recorrente protocolizou petição às e-STJ fls. 5.772/5.819, reiterando o pedido de reconhecimento da ilicitude das provas compartilhadas pela receita federal.

É o relatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 77.238 - PR (2016/0271303-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Superior Tribunal de Justiça

De início, registro que, diversamente da manifestação do Ministério Público Federal, a superveniência de sentença condenatória, embora enfraqueça as alegações de inépcia e de ausência de justa causa, não esvazia a pretensão recursal. Ademais, pugna o recorrente também pelo reconhecimento da ilicitude dos documentos obtidos sem intervenção do Poder Judiciário, pretensão que igualmente não fica prejudicada pela condenação.

De fato, a pretensão referente à ilicitude das provas que embasaram a inicial acusatória diz respeito à quebra de sigilo bancário por autoridade administrativa, sem a devida e prévia autorização judicial. De leitura da denúncia, verifica-se que, de fato, a acusação tem por base dados bancários obtidos sem prévia autorização judicial.

A propósito (e-STJ fl. 3/7):

O denunciado [REDACTED], na qualidade de efetivo administrador da pessoa jurídica [REDACTED] (CNPJ n.º 07.437.561/0001-00), estabelecida em Londrina/PR, de forma livre e consciente da ilicitude e reprovabilidade da sua conduta, suprimiu o pagamento de tributos federais, mediante as condutas de **prestar informações falsas às autoridades fazendárias nas suas Declarações de Imposto de Renda referentes aos anos-calendário 2006 a 2008.**

Representação Fiscal para Fins Penais nº 11634.000047/2011-02
Consta da Representação Fiscal para Fins Penais nº 11634.000047/2011-02 (evento 01 – fls. 07/18) que o denunciado [REDACTED] responsável pela empresa [REDACTED], omitiu todos os valores de receitas tributáveis nos anos calendário de 2006, 2007 e 2008, mediante a conduta de não apresentar à tributação os respectivos valores auferidos como receita bruta, apesar de devidamente escriturados nos livros fiscais contábeis. Em relação aos anos-calendário de 2007 e 2008, o denunciado deixou de comprovar a origem dos créditos/depósitos efetuados na conta corrente bancária nº [REDACTED], mantida na agência [REDACTED], do [REDACTED].

- Ano-calendário de 2006 Em relação ao ano calendário de 2006, conforme se verifica da aludida representação fiscal, o denunciado omitiu integralmente as receitas tributáveis auferidas e escrituradas nos livros fiscais e contábeis. Somente após a instauração do

Superior Tribunal de Justiça

procedimento administrativo fiscal a empresa apresentou, em 1º/10/2010, a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – SIMPLES, relativa ao ano calendário.

Em razão disso, os valores das receitas omitidas foram objeto de lançamento de ofício, com base no Livro de Saídas, no Livro de registro de apuração de ICMS, no Livro Razão Contábil da conta de vendas de mercadorias e na Demonstração do Resultado do Exercício, conforme descrito na tabela constante no evento 01 – fl. 11.

- Ano-calendário de 2007 e 2008

a) omissão de receitas tributáveis escrituradas nos livros fiscais e contábeis.

No que se refere aos anos-calendário de 2007 e 2008, o denunciado novamente omitiu integralmente as receitas brutas auferidas, não oferecendo à tributação os respectivos valores.

Em razão da instauração do referido procedimento administrativo fiscal, precipuamente em decorrência da receita bruta auferida no ano-calendário de 2006 (cf. se verifica do tópico acima), a Autoridade Tributária expediu o Ato Declaratório Executivo nº 82 de 03 de dezembro de 2010 (anexo), oportunidade em que efetuou a exclusão da empresa do Sistema integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições da Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, como efeitos retroativos a partir de 1º/01/2007.

Em razão da referida exclusão e tendo em vista, novamente, a total omissão de receita bruta auferida e devidamente registradas nos livros fiscais e contábeis, a Receita Federal do Brasil, com base do lucro arbitrado 1, apurou as receitas brutas constantes no evento 01 – fl. 13, referentes às competências compreendidas no interregno de janeiro de 2007 a julho de 2008.

b) omissão de receitas tributáveis - ausência de comprovação de valores creditados/depositados em conta corrente.

Conforme se verifica da referida representação fiscal para fins penais, em atendimento ao termo de intimação fiscal, a empresa encaminhou, em 08/09/2010, os extratos da conta corrente bancária nº [REDACTED], mantida na agência [REDACTED], do [REDACTED].

De posse dos documentos contendo as movimentações bancárias da empresa, a Receita Federal, em 02/02/2011, intimou o denunciado a comprovar a origem dos recursos depositados/creditados na conta corrente, oportunidade em que alegou que com exceção dos depósitos devolvidos conforme relação e extratos em anexo, os demais depósitos e documentos de crédito a empresa não tem como justificar (evento 01 - 14).

Superior Tribunal de Justiça

Em consequência, após as devidas exclusões, os valores dos depósitos não comprovados foram considerados receitas omitidas, nos termos da Lei nº 9.430/96.

Assim, foi constatada a omissão de receitas no montante de R\$ 952.890,21 (novecentos e cinquenta e dois mil, oitocentos e noventa reais e vinte e um centavos) recebidos no ano-calendário 2007 e R\$ 374.893,81 (trezentos e setenta e quatro mil, oitocentos e noventa e três reais e oitenta e um centavos), recebidos no ano- calendário 2008.

Ao final, em razão dessas omissões, apurou-se o crédito tributário, referente aos anos-calendário de 2006, 2007 e 2008, no montante de R\$ 8.920.928,42 (oito milhões, novecentos e vinte mil, novecentos e vinte e oito reais e quarenta e dois centavos) (cf. autos de infração em anexo – SIMPLES, Imposto de Renda Pessoa Jurídica, Contribuição ao Programa de Integração Social, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social).

Representação Fiscal para Fins Penais nº 11634.000049/2011-93 Consta dos autos que o denunciado, na qualidade de administrador da empresa [REDACTED], deixou de declarar e de recolher aos cofres públicos os valores relativos a saldos devedores de IPI apurados em sua própria escrituração contábil, nos anos-calendário de 2007 e 2008 (evento 01 – fls. 20/31).

A constatação da omissão deu-se a partir da análise do livro de apuração de IPI mantido pela empresa. Verificou-se, na mesma oportunidade, que o denunciado sequer informou na Declaração de Contribuição de Tributos Federais – DCTF apresentada antes da instauração do procedimento administrativo fiscal.

Como consequência da omissão, lançou-se um crédito tributário de R\$ 4.196.718,30 (quatro milhões, cento e noventa e seis mil, setecentos e dezoito reais e trinta centavos) (anexo), referente às competências compreendidas entre 01/2007 a julho de 2008 (cf. quadro constante no evento 01 – fls. 24/25).

AUTORIA e MATERIALIDADE

*A materialidade do delito desponta nos seguintes documentos: Livro de Saídas, no Livro de registro de apuração de ICMS, no Livro Razão Contábil da conta de vendas de mercadorias e na Demonstração do Resultado do Exercício, Livro de Registro de IPI, **extratos bancários e Autos de infração de constante nas Notícias de Fato n os 1.25.005.000013/2013-37 e 1.25.005.000014/2013-81 (em anexo).***

A autoria, por sua vez, é extraída da cláusula oitava inserida no contrato social (anexo), a indicar que o denunciado era o único responsável pela administração da pessoa jurídica, bem como do

Superior Tribunal de Justiça

Termo de Depoimento em sede policial (evento 07 – fl. 02), oportunidade em que o denunciado confessa ser o único responsável pela administração da empresa [REDACTED].

Por fim, verifica-se que os referidos débitos estão constituídos, sendo objeto de execução fiscal no âmbito dos Autos nº 5005978-13.2013.404.7001, em trâmite na 7ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Londrina/PR.

Como é de conhecimento, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 601.314/SP, cuja repercussão geral foi reconhecida, consignou-se que o "art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal".

A propósito, transcrevo a ementa do referido julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela

Superior Tribunal de Justiça

Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 601.314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016).

Acontece que, para fins penais, as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior, na esteira também de orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento o *Habeas Corpus* n. 125.218/RS, não admitem que os dados sigilosos obtidos diretamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil sejam por ela repassados ao Ministério Público ou à autoridade policial, para uso em ação penal, pois não precedida de autorização judicial a sua obtenção, o que viola o princípio constitucional da reserva de jurisdição.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI N. 8.137/1990. SIGILO BANCÁRIO. RECEITA FEDERAL. COMPARTILHAMENTO DOS DADOS COM O MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIIS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. As informações sobre movimentação bancária de contribuintes, obtidas diretamente pelo Fisco das instituições bancárias/financeiras, não podem ser compartilhadas com o Ministério Público ou autoridade

Superior Tribunal de Justiça

policial, para fins penais, sem prévia autorização judicial. Precedentes. 2. Cabe à Receita Federal, por dever de ofício, comunicar a autoridade policial e ao Ministério Público possível prática de crime, informando-lhes a existência de crédito tributário constituído e enviando-lhes todo o material que não seja protegido por sigilo e, portanto, não submetido a reserva de jurisdição. 3. Na hipótese, há elementos suficientes para inferir que dados protegidos pelo sigilo bancário foram utilizados na deflagração da ação penal, sem a devida autorização judicial. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 976.542/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. RECEITA FEDERAL. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE.

COMPARTILHAMENTO DA PROVA COM O MINISTÉRIO PÚBLICO OU AUTORIDADE POLICIAL. NULIDADE.

PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça não admite que os dados sigilosos obtidos diretamente pela Secretaria da Receita Federal sejam repassados ao Ministério Público ou à autoridade policial, para fins investigação criminal ou instrução processual penal, pois não precedida de autorização judicial. 2. O entendimento firmado no REsp n. 1.134.665, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, refere-se à possibilidade de atuação fiscalizatória da Administração Tributária, sem a intervenção do Poder Judiciário, para fins de constituição de créditos tributários não extintos, sendo inaplicável para fins investigação criminal ou instrução processual penal. 3. Recurso especial provido para restabelecer a sentença absolutória. (REsp 1406055/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISO I, DA LEI N. 8.137/90. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. UTILIZAÇÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte perfilha no sentido de que a prova adquirida sem autorização judicial para a quebra do sigilo dos dados bancários, adquiridos diretamente pela Receita Federal para constituição do crédito tributário e utilizados posteriormente no âmbito do processo criminal, é ilícita. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1651222/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 06/10/2017)

PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

Superior Tribunal de Justiça

RECEITA FEDERAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ÂMBITO DO PROCESSO PENAL. PROVA ÍRRITA. NULIDADE DA DENÚNCIA E DO PROCESSO PENAL QUE SE SEGUIU. CONCESSÃO DA ORDEM. 1 - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 610.314 (repercussão geral), decidiu pela desnecessidade de prévia autorização judicial para a quebra de sigilo bancário para fins de constituição de crédito tributário. 2 - No âmbito do processo criminal, todavia, é inequívoco que o envio de tais informações obtidas pelo Fisco ao Ministério Público e o oferecimento de denúncia com base nesses dados constitui quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial, o que é efetivamente vedado no ordenamento jurídico. 3 - Para investigação criminal, a invasão de privacidade deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, é dizer, submetida à reserva de jurisdição. 4 - Ordem concedida para, reconhecendo írrita a prova decorrente da quebra de sigilo bancário, declarar nula a denúncia e o processo penal, bem assim a condenação do ora paciente, ressaltando a possibilidade de nova persecução penal ser intentada com base em elementos lícitos. (HC 393.824/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, INCISO I, DA LEI 8.137/90. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL. PROVA ILÍCITA. AGRAVO DESPROVIDO. I - É possível a requisição de informações bancárias pela autoridade fiscal sem a necessidade de prévia autorização judicial, quando houver processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, a teor do art. 6º da LC 105/01, matéria que, inclusive, teve a repercussão geral reconhecida pelo eg. STF (RE n. 601.314 RG, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 20/11/2009). No mesmo sentido, julgado desta Corte Superior, em sede de recurso repetitivo (REsp n. 1.134.665/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18/12/2009). II - Por outro lado, o entendimento firmado se aplica para a constituição do crédito tributário, e não para a deflagração da ação penal. Por se tratar de garantia protegida constitucionalmente (art. 5º, inciso XII, da CF), a jurisprudência dos Tribunais Superiores firmou-se no sentido de que a quebra do sigilo bancário para fins penais exige autorização judicial mediante decisão devidamente fundamentada, a teor do art. 93, inciso IX, da CF, e diante da excepcionalidade da medida extrema (precedentes do c. STF e do STJ). Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1371042/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 23/11/2016).

Superior Tribunal de Justiça

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. RECEITA FEDERAL. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. COMPARTILHAMENTO DA PROVA COM O MINISTÉRIO PÚBLICO OU AUTORIDADE POLICIAL. NULIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RECURSO PROVIDO. 1. Este Tribunal Superior não admite que os dados sigilosos obtidos diretamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil sejam por ela repassados ao Ministério Público ou autoridade policial, para uso em ação penal, pois não precedida de autorização judicial a sua obtenção. 2. Restando incontroverso que da quebra ilegal dos sigilos decorreu diretamente a denúncia e ação penal, a nulidade da prova inicial acaba por contaminar a toda ação penal. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido para declarar a nulidade da quebra de sigilo bancário, com o trancamento da ação penal decorrente. (RHC 46.571/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 03/10/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA RECEITA FEDERAL. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE SEM PRÉVIO CONSENTIMENTO JUDICIAL. SÚMULA 568/STJ. RECURSO DESPROVIDO. 1. "Não cabe à Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo tributário e sem competência constitucional específica, fornecer dados obtidos mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização do juízo criminal, para fins penais." (HC 202.744/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 15/2/2016). 2. Incidência da Súmula 568/STJ: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema." 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1584813/SP, da minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 01/06/2016).

Dessa forma, verificando-se que a materialidade do crime tributário tem por base a utilização, para fins penais, de dados sigilosos obtidos diretamente pela Receita Federal, sem a imprescindível autorização judicial prévia, tem-se a nulidade da prova que embasa a acusação. Assim, a nulidade da prova inicial, obtida por meio da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, a qual deu ensejo à denúncia, acaba por contaminar a toda ação penal.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA RECEITA FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. UTILIZAÇÃO DE DADOS PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO PENAL. ILEGALIDADE.

*PROVA ILÍCITA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.134.665/SP, sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário, é autorizada pela Lei n. 8.021/1990 e pela Lei Complementar n. 105/2001, normas procedimentais cuja aplicação é imediata (relator Ministro Luiz Fux, DJe 18/12/2009). 3. Posteriormente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 389.808/PR (não obstante o reconhecimento da repercussão geral do tema no RE 601.314/SP), assentou a inconstitucionalidade da interpretação dada à norma que autoriza a Receita Federal a ter acesso direto aos dados bancários do contribuinte. 4. A jurisprudência atual de ambas as Turmas da Terceira Seção deste Superior Tribunal vem se firmando no sentido de que é imprescindível a prévia autorização judicial para utilização dos dados bancários para fins de investigação penal, haja vista que a Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo tributário, não possui competência constitucional para fornecer diretamente tais elementos aos órgãos investigatórios ou de acusação criminal. Precedentes. 5. In casu, consta dos autos que, após requisição de informação formulada pela Receita Federal, foram apresentados pelas instituições bancárias, sem consentimento do Juízo competente, extratos de movimentações de conta, além da relação de cheques nominais aos pacientes emitidos pela empresa por eles administrada, dados que confrontados com os tributos recolhidos, levaram à instauração de procedimento fiscal e, por sua vez, do processo criminal impugnado através deste writ. 6. Ainda que se admita, com base no art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, a legalidade do acesso a essas informações bancárias pela autoridade fazendária, não há norma no ordenamento jurídico pátrio que ampare a sua utilização para fins de investigação e deflagração de ação penal - como na presente hipótese. 7. **Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a nulidade das provas obtidas mediante a quebra de sigilo bancário dos pacientes sem autorização judicial e, conseqüentemente, anular a ação penal desde o início, garantida a possibilidade de nova demanda ser proposta com esteio em prova lícita.** (HC 316.870/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 24/09/2015).*

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso em *habeas corpus*, para declarar a nulidade da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial e, conseqüentemente, anular a Ação Penal n. 5022738-37.2013.4.04.7001, desde o início, garantida a possibilidade de nova demanda ser proposta com esteio em prova lícita.

Ficam, assim, prejudicados os demais pedidos.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

