



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.385 - SP (2009/0108805-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DORA MARZO DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI
CORDANI E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : FLAVIO SILVA JUNIOR
ADVOGADA : PAULA LIMA HYPPOLITO DOS SANTOS E OUTRO(S)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI N.º 8.137/90. RECEITA FEDERAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PRÉVIO MANDAMUS NÃO CONHECIDO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NULIDADE DA PROVA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal.

2. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

3. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

4. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heroico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição." (STF, HC n.º 104.045/RJ, julgado em 21.8.2012, de relatoria da Ministra Rosa Weber).

5. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. Não cabe à Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo e sem competência constitucional específica, requisitar diretamente às instituições bancárias a quebra do sigilo bancário. Pleito nesse sentido deve ser necessariamente submetido à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu *decisum*, em observância ao art. 93, IX, da Carta Magna. *In casu*, sequer foi indicada real motivação para o ato, limitando-se o Delegado da Receita Federal a reproduzir trecho da norma de regência, consignando que "esta RMF é indispensável ao andamento do procedimento de fiscalização em curso, nos termos do art. 4º, § 6º, do Decreto nº 3.724, de 2001".

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar nula a prova decorrente da quebra de sigilo bancário aqui tratada, com a consequente desconstituição da sentença condenatória proferida nos autos da ação penal. Afastada a prova ilícita, deve o magistrado singular proferir nova sentença.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Dr(a). PAULA LIMA HYPPOLITO DOS SANTOS, pela parte PACIENTE:
FLAVIO SILVA JUNIOR

Brasília, 18 de dezembro de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.385 - SP (2009/0108805-3)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : DORA MARZO DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI
CORDANI E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : FLAVIO SILVA JUNIOR
ADVOGADA : PAULA LIMA HYPPOLITO DOS SANTOS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de FLAVIO SILVA JUNIOR, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que denegou a ordem originariamente impetrada (HC n.º 2009.03.00.006256-0/SP).

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no art. 1º, inciso I, da Lei n.º 8.137/90, nos autos do processo n.º 2003.61.10.010527-2, em trâmite na 1ª Vara Federal da Comarca de Sorocaba-SP (fls. 68/70).

A Defesa pugnou pela improcedência da exordial acusatória, ao argumento de que os documentos bancários que lastrearam a denúncia foram obtidos diretamente pelo Fisco junto a instituições financeiras, sem autorização judicial.

O magistrado singular, por sua vez, recebeu a exordial, com fulcro no art. 41 do Código de Processo Penal (fl. 394), e deu início à instrução criminal. Após declínio para a Justiça Federal, o Juiz competente proferiu despacho do seguinte teor (fl. 515):

Acolho a manifestação ministerial de fls. 407/413 e indefiro o requerido pela defesa às fls. 388/404, adotando, como fundamentação, as razões expostas pelo Ministério Público Federal às fls. 407/413, observando-se que não estão presentes quaisquer das hipóteses de absolvição sumária previstas no artigo 397 do Código de Processo Penal, bem como que a movimentação financeira do acusado foi informada pelas instituições financeiras posteriormente à publicação da Lei Complementar nº 105/01 (fls. ...), que é norma tributária de natureza procedimental, assim como a Lei nº 10.174/2001, que possuem aplicação imediata, podendo elas, inclusive, ante a sua natureza procedimental, alcançar fatos pretéritos (Resp 529.88/PR, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 01/03/2007).

Irresignada, a Defesa impetrou o *Habeas Corpus* n.º 2009.03.00.006256-0 perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cuja ordem foi denegada, em acórdão assim ementado (fls. 560/561):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. ILICITUDE DE PROVA NÃO CONFIGURADA. LC 105/01. ART. 396 DO CPP. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. VIOLAÇÃO NÃO CONSTATADA. ORDEM DENEGADA.

1. O paciente, na qualidade de sócio e responsável pela administração da empresa, no ano calendário de 1998, deixou de entregar declaração de imposto de renda de pessoa jurídica - IRPJ - de sua empresa, mesmo tendo auferido rendimentos tributáveis.

2. O procedimento fiscal teve início em 2001, quando, em face da omissão na entrega da DIRPJ, a empresa, não tendo sido localizada no endereço declarado, foi declarada inapta, nos termos da IN 02/2001. Inexistindo outra forma de o fisco obter os documentos solicitados na intimação, incluindo-se os extratos bancários, uma vez que o residente no local diligenciado pelo fiscal afirmara não conhecer a referida empresa, nem seu sócio, a Receita Federal determinou a quebra de sigilo bancário, nos termos do Art. 6º da LC 105/2001, visto que a medida se mostrava indispensável para o andamento do procedimento de fiscalização em curso.

3. Não se vislumbra qualquer ilicitude na prova, seja porque a cláusula de reserva de jurisdição contida no Art. 5º, XII, da CF cinge-se ao sigilo das comunicações telefônicas, seja porquanto o alardeado direito à intimidade e à privacidade não é absoluto, rendendo-se a imperativos de ordem pública, estando a excepcionalidade demonstrada no caso, haja vista eventual crime de sonegação fiscal.

4. A Lei Complementar 105/2001 outorga poderes às autoridades e agentes fiscais tributários da União, Estados e Municípios para examinar registros de instituições bancárias, conquanto que em curso procedimento administrativo, e o Excelso Pretório não julgou as ADIN's propostas com o fito de se ver declarada inconstitucional a norma. Ao contrário, sobressai de diversos julgados das Cortes Superiores entendimento em prol da relatividade do direito ao sigilo.

5. Não assiste razão à impetração, quanto à alegada ausência de motivação do *decisum*, pois, conforme assentado por ocasião do indeferimento do pedido liminar, a *"decisão que indeferiu o pedido deduzido em defesa preliminar e recebeu a denúncia (fl. 475), ainda que sucinta, está suficientemente fundamentada para afastar o argumento de existência de prova ilícita. Com efeito, o magistrado a sustentou na manifestação de fls. 464/470 e no argumento de que as informações da movimentação financeira do paciente referem-se a períodos posteriores à publicação da Lei Complementar nº 105/01"*.

6. Tendo a defesa apresentado nos autos da ação penal originária uma preliminar de nulidade com base na ilicitude da prova coligida, a abertura de vista ao Órgão Ministerial é antes cumprimento ao princípio do contraditório, e não violação, já que alegado fato impeditivo e extintivo da acusação.

7. O contraditório apenas tem início com o recebimento da denúncia, e, não tendo sido demonstrado prejuízo pela prática do ato processual por parte do Ministério Público, não se declara a propugnada nulidade.

8. Ordem denegada.

Daí o presente *writ*, em que os impetrantes alegam, em síntese, ilicitude das provas que ensejaram o oferecimento da denúncia e, consequentemente, nulidade da ação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal *ab initio*, porquanto decretada a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial.

Defendem a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar n.º 105/01, "ao permitir, em confronto aberto com o artigo 5º, inciso XII, da Carta Política, que autoridade e agentes fiscais examinem documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, sem permissão judicial" (fl. 11).

Subsidiariamente, alegam nulidade da quebra do sigilo bancário, ao argumento de que "inexiste nos autos qualquer decisão ou determinação minimamente fundamentada a partir da qual os documentos bancários tenham sido obtidos junto às instituições financeiras" (fl. 16).

Aduzem, outrossim, a nulidade da decisão que recebeu a denúncia, sob o fundamento de que ela não teria apreciado as preliminares suscitadas de afastamento da aplicação retroativa da Lei n.º 10.174/01 e da Lei Complementar n.º 105/01, bem como da alegada inconstitucionalidade desta lei.

Por fim, sustentam a nulidade da decisão que recebeu a exordial acusatória, pelo fato de se ter oportunizado ao Ministério Público contraditar a resposta da defesa à acusação.

Requerem a anulação da Ação Penal n.º 2003.61.10.010527-2, desde o início.

A liminar foi indeferida às fls. 568/570.

Foram prestadas as informações às fls. 575/579, 581 e 583/589.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fls. 591/596).

À fl. 605, o magistrado de primeiro grau noticiou a prolação de sentença condenatória em 02.02.2011.

Com a petição de fls. 637/543, a impetrante assevera que a condenação não torna prejudicado o *writ*, eis que o Juiz "fundamentou a condenação exclusivamente na prova cuja ilegalidade se busca ver aqui declarada - os dados bancários obtidos pela Receita Federal sem autorização judicial e por meio de determinação desprovida de qualquer motivação". Invoca julgado do Supremo Tribunal Federal, de 15.12.2010, que teria examinado a matéria (RE nº 389.808).

Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, nota-se que a apelação interposta pela Defesa encontra-se pendente de julgamento, tendo sido os autos conclusos ao relator em 10.01.2012.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.385 - SP (2009/0108805-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI N.º 8.137/90. RECEITA FEDERAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PRÉVIO *MANDAMUS* NÃO CONHECIDO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NULIDADE DA PROVA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal.

2. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

3. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

4. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heroico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição." (STF, HC n.º 104.045/RJ, julgado em 21.8.2012, de relatoria da Ministra Rosa Weber).

5. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. Não cabe à Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo e sem competência constitucional específica, requisitar diretamente às instituições bancárias a quebra do sigilo bancário. Pleito nesse sentido deve ser necessariamente submetido à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu *decisum*, em observância ao art. 93, IX, da Carta Magna. *In casu*, sequer foi indicada real motivação para o ato, limitando-se o Delegado da Receita Federal a reproduzir trecho da norma de regência, consignando que "esta RMF é indispensável ao andamento do procedimento de fiscalização em curso, nos termos do art. 4º, § 6º, do Decreto nº 3.724, de 2001".

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar nula a prova decorrente da quebra de sigilo bancário aqui tratada, com a consequente desconstituição da sentença condenatória proferida nos autos da ação penal. Afastada a prova ilícita, deve o magistrado singular proferir nova sentença.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Destaque-se, inicialmente, a imperiosa necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. Deve ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários ou de índole extraordinária, tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

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. Sobre o tema, confirmam-se os diversos julgados desta Corte:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. DIREITO A PERMANECER EM LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PLEITO SUPERADO. PERDA DO OBJETO. ABSOLVIÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS TEMAS APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA TER TRANSITADO EM JULGADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ARGUMENTOS A SEREM EVENTUALMENTE DEDUZIDOS EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO PARCIALMENTE PREJUDICADO. LIMINAR CASSADA. ORDEM NÃO CONHECIDA EM PARTE.

I. Passada em julgado a condenação, infere-se a perda do objeto do *writ* no tocante ao pleito de concessão ao paciente do direito de permanecer em liberdade até a superveniência do trânsito em julgado da sentença, devendo, ainda, ser reconhecida a caducidade da liminar anteriormente deferida.

II. A Jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que via estreita do *writ* mostra-se inidônea para desconstituir édito condenatório já transitado em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois, conforme já consignado, para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

III. A substituição da revisão criminal pelo *habeas corpus* somente é admitida quando a apreciação do pleito prescindir de revolvimento de provas e a ilegalidade for manifesta, o que não se revela no caso em apreço.

IV. Deve ser reconhecida a prejudicialidade do pedido, no que se refere ao direito de o réu permanecer solto até o trânsito em julgado da condenação, não merecendo conhecimento a impetração no tocante aos demais pleitos deduzidos no *writ*.

V. Pedido parcialmente prejudicado, cassando-se a liminar antes deferida, e ordem não conhecida no demais, nos termos do voto do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator.

(HC 170.347/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO JULGADO. INCONFORMISMO DA PARTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECLUSÃO MATERIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.

1. A decisão embargada utilizou fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, inexistindo omissão ou contradição passível de reforma por meio de embargos de declaração.

2. O habeas corpus não se presta à função de sucedâneo de revisão criminal. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória determina a preclusão das matérias julgadas.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no HC 91.697/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PROVA EMPRESTADA. ELEMENTOS ORIUNDOS DO INQUÉRITO POLICIAL E DE PROCEDIMENTO MENORISTA. DEBATE QUE EXIGE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA. IMPROPRIEDADE.

1. É inviável, na angusta via do habeas corpus, discutir-se matéria que envolve revolvimento fático-probatório. Ademais, in casu, o Pretório Excelso já reconheceu, em sede de Recurso Extraordinário, que o tema em questão - relativo à prova emprestada - teria colorido diferente daquele debate puramente jurídico, típico da discussão a ser empreendida nos Tribunais Superiores. Desta forma, o mais apropriado, nesta quadra, seria o manejo da revisão criminal.

2. Ordem não conhecida.

(HC 160.538/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO. EFEITO RESTRITO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Se a pretensão aqui formulada, de alteração do regime prisional, não foi examinada pelo Tribunal de origem, não sendo objeto da apelação manejada pela Defesa, não pode ser enfrentadas por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Em se tratando de apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri, a análise da Corte estadual é restrita às razões da Defesa.

3. Por mais que o habeas corpus seja um dos remédios constitucionais mais importantes, deve o seu emprego submeter-se às hipóteses de cabimento. Ademais, o seu manejo imoderado desrespeita à lógica do sistema recursal, abastardando, ainda, o campo próprio da revisão criminal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Writ não conhecido.

(HC 201.171/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 08/06/2011)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE ESTELIONATO TRANSITADA EM JULGADO. POSTERIOR IMPETRAÇÃO DE WRIT PERANTE A CORTE A QUO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA, NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL IMPETRADO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A VIA REVISIONAL SERIA O MEIO PRÓPRIO PARA SANÁ-LA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, TÃO SOMENTE PARA QUE O TRIBUNAL IMPETRADO SE MANIFESTE ACERCA DA MATÉRIA LÁ VENTILADA.

1. A alegação de nulidade da dosimetria da pena, decorrente da ausência de fundamentação na fixação da pena-base, não foi analisada pela Corte a quo, sob a alegação de que o habeas corpus não é sucedâneo de revisão criminal. Assim, não há como ser conhecida a presente impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior (art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição da República) para apreciar originariamente a matéria.

2. Contudo, não há óbice ao manejo do habeas corpus quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas, como no caso. Outrossim, "a existência de recurso próprio para a análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu." (STJ - RHC 21188/PA, 5.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG -, DJ de 22/10/2007).

3. Cumpre a este Tribunal, entretanto, determinar somente a análise do mérito da impetração originária pelo Órgão Jurisdicional Impetrado, sob pena de supressão de instância.

4. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para determinar ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aprecie o mérito do habeas corpus originário, como entender de direito.

(RHC 29.180/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 25/04/2011)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. MATÉRIA A SER ANALISADA EM REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS EM SEDE DE WRIT. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas-corpus.

II. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não pugnou a absolvição do réu em sede de recurso especial, preferindo a utilização do writ em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a via estreita do mandamus não permite a desconstituição de sentença condenatória já transitada em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

IV. Habeas corpus não conhecido, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

(HC 183.659/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE PENA. PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS IMPETRADO NA ORIGEM. AMEAÇA OU LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DO PACIENTE. DESNECESSIDADE DO EXAME DE ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS. CABIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cristalizou-se na jurisprudência desta Corte que, apesar de existir recurso próprio, a ação de habeas corpus pode substituir a revisão criminal desde que, para a apreciação da pretensão, não seja necessário o revolvimento de provas e, versando apenas sobre matéria de direito, a ilegalidade for manifesta.

2. Ordem concedida para, cassando o v. acórdão, determinar sejam os autos retornados ao eg. Tribunal de origem e que lá seja analisado o mérito do habeas corpus.

(HC 189.391/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

Na espécie, observa-se que, após o julgamento do prévio writ, a defesa não interpôs recurso ordinário.

Reforce-se a necessidade e urgência de se cumprir as regras do sistema recursal vigente. O *habeas corpus* não foi criado para a finalidade aqui empregada. A prevalecer tal postura, o recurso ordinário tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o *habeas corpus* no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, II, "a", definir que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

A Suprema Corte, sensível a essa problemática, tem pronunciado também a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inadequação de impetrações manejadas em substituição ao recurso próprio. Em julgamento realizado em 7 de agosto de 2012, nos autos do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a Primeira Turma assentou:

Consigno a óptica sobre a inadequação do *habeas corpus* quando o caso sugere recurso ordinário constitucional.

A Carta Federal encerra como garantia maior essa ação nobre voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão - o *habeas corpus*. Vale dizer, sofrendo alguém ou se achando ameaçado de sofrer violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, cabe manusear o instrumental, fazendo-o no tocante à competência originária de órgão julgador.

Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada - praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição -, passou-se a admitir o denominado *habeas* substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* - este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial.

O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é a sistemática. O *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea "a", e 105, inciso II, alínea "a", tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumpra implementar - visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o *habeas* substitutivo, mas o recurso ordinário - a correção de rumos. Consigno que, no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.

Saliento, por último, que, há dois anos, cheguei a propor a edição de verbete de súmula que, no entanto, esbarrou na ausência de precedentes. Deve-se afastar o misonéismo, a aversão a novas ideias, pouco importante a justificativa plausível destas - no caso, constitucional -, salvando-se, e esta é a expressão própria, o *habeas corpus* em sua envergadura maior, no que solapado por visão contrária ao princípio do terceiro excluído: uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coisa é ou não é. Entre duas possibilidades contempladas na Lei Fundamental, de modo exaustivo, não simplesmente exemplificativo, não há lugar para uma terceira - na espécie, o inexistente, normativamente, *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, que, ante a prática admitida até aqui, caiu em desuso, tornando quase letra morta os preceitos constitucionais que o versam.

É cômodo não interpor o recurso ordinário quando se pode, a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado *habeas corpus* substitutivo, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição. A situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do *habeas corpus* e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania. Rara é a sessão da Turma em que não se examina impetração voltada contra a demora na apreciação de idêntica medida pelo Superior Tribunal de Justiça.

O mesmo órgão julgador, em 21 de agosto de 2012, nos autos do HC nº 104.045, Relatora a Ministra Rosa Weber, julgou extinta a ordem de *habeas corpus*. Vale trazer a contexto excerto do voto da Relatora:

Assim, é o *habeas corpus* uma garantia da liberdade de locomoção - ir, vir e permanecer -, contra violência ou coação, pressupondo, portanto, uma prisão, uma ameaça de prisão ou pelo menos alguma espécie de constrangimento físico ou moral à liberdade física.

Nos últimos anos, todavia, tem se verificado um desvirtuamento da garantia constitucional. Ilustrativamente, notícia divulgada no site do Superior Tribunal de Justiça em 29.5.2011 ("*Número de habeas corpus dobra em três anos e preocupa Ministros*") revela atingida naquela data a marca de duzentos mil *habeas corpus* impetrados perante aquela Corte. E, segundo os dados estatísticos disponibilizados, naquele ano nela foram distribuídos 36.125 *habeas corpus*, número quase equivalente ao total de processos distribuídos perante este Supremo Tribunal Federal no mesmo ano (38.109).

Tais números só foram possíveis em virtude da prodigalização e da vulgarização do *habeas corpus*.

Embora restrito seu cabimento, segundo a Constituição, a casos de prisão ou ameaça de prisão, passou-se a admiti-lo como substitutivo de recursos no processo penal, por vezes até mesmo sem qualquer prisão vigente ou sem ameaça senão remota de prisão.

A pauta, aliás, desta Primeira Turma, com mais de uma centena de *habeas corpus* sobre os mais variados temas, poucos relacionados à impugnação da prisão ou efetiva ameaça de, é ilustrativa do desvirtuamento do *habeas corpus*.

O desvirtuamento do *habeas corpus* também tornou sem sentido o princípio da exaustividade dos recursos no processo legal. De nada adiante a lei prever um número limitado de recursos contra decisões finais ou contra decisões interlocutórias se se entender sempre manejável o *habeas corpus*. A par de notório que a possibilidade de recorrer contra toda e qualquer decisão interlocutória é fatal para a duração razoável do processo também assegurada constitucionalmente, há verdadeira avalanche de *habeas corpus* a submeterem a mesma questão, sucessiva e até



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concomitantemente, a diferentes tribunais.

O desvirtuamento do *habeas corpus* tem efeito ainda mais grave nos Tribunais Superiores, diante das funções precípuas quer do Superior Tribunal de Justiça - a última palavra na interpretação da lei federal - quer desta Suprema Corte - a guarda da Constituição.

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do *habeas corpus*, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

(...)

Admitir o *habeas corpus* como substitutivo do recurso, diante de expressa previsão constitucional, representa burla indireta ao instituto próprio, cujo manejo está à disposição do sucumbente, observados os requisitos pertinentes.

Em síntese, o *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição.

Ainda com o mesmo norte, podem ser citadas as decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Luiz Fux, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), e pelo Ministro Dias Toffoli, no HC 114.924/RJ (DJe de 28/08/2012).

Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique em coação à liberdade de locomoção da paciente, o que se verifica na espécie.

Observa-se que a ação penal em comento embasou-se no Processo Administrativo nº 10855.001896/2002-17, o qual foi instruído com provas que considero ilícitas.

Isso porque o Delegado da Receita Federal em Sorocaba, em 27.12.2001, requisitou diretamente às instituições bancárias as informações sobre a movimentação financeira da empresa do paciente, incluindo extratos de movimentação das conta-correntes, com fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 (fls. 146, 201, 213, 217 e 227). Eis o teor do aludido dispositivo legal:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Prestadas tais informações bancárias, formalizou-se a representação fiscal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para fins penais (fls. 76/79), que culminou no oferecimento da denúncia aqui tratada, em 19.09.2007, após investigação policial. A denúncia foi recebida em 21.09.2007 (fl. 396). Em 31.03.2008, declinou-se da competência para a Justiça Federal (fl. 442).

Oferecida a resposta à acusação, o Juiz federal proferiu despacho, em 11.12.2008, do seguinte teor (fl. 515):

Acolho a manifestação ministerial de fls. 407/413 e indefiro o requerido pela defesa às fls. 388/404, adotando, como fundamentação, as razões expostas pelo Ministério Público Federal às fls. 407/413, observando-se que não estão presentes quaisquer das hipóteses de absolvição sumária previstas no artigo 397 do Código de Processo Penal, bem como que a movimentação financeira do acusado foi informada pelas instituições financeiras posteriormente à publicação da Lei Complementar nº 105/01 (fls. ...), que é norma tributária de natureza procedimental, assim como a Lei nº 10.174/2001, que possuem aplicação imediata, podendo elas, inclusive, ante a sua natureza procedimental, alcançar fatos pretéritos (Resp 529.88/PR, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 01/03/2007).

Impetrado o prévio *mandamus*, a ordem restou denegada, sob os seguintes fundamentos (fls. 555/561):

Consta dos autos que o paciente, na qualidade de sócio e responsável pela administração da empresa Dijauto Veículos Ltda., no ano calendário de 1998, deixou de entregar declaração de imposto de renda de pessoa jurídica - IRPJ - de sua empresa, mesmo tendo auferido rendimentos tributáveis da ordem de R\$ 15.968.442,09. O valor dos tributos não recolhidos perfaz R\$ 3.644.226,36.

O procedimento fiscal teve início em 2001, quando, em face da omissão na entrega da DIRPJ, a empresa, não tendo sido localizada no endereço declarado, foi declarada inapta, nos termos da IN 02/2001. Inexistindo outra forma de o fisco obter os documentos solicitados na intimação, incluindo-se os extratos bancários, uma vez que o residente no local diligenciado pelo fiscal afirmara não conhecer a referida empresa, nem seu sócio, a Receita Federal determinou a quebra de sigilo bancário, nos termos do Art. 6º da Lei Complementar 105/2001, visto que a medida se mostrava indispensável para o andamento do procedimento de fiscalização em curso.

Nesse passo, não se vislumbra qualquer ilicitude na prova, seja porque a cláusula de reserva de jurisdição contida no Art. 5º, XII, da CF cinge-se ao sigilo das comunicações telefônicas, seja porquanto o alardeado direito à intimidade e à privacidade não é absoluto, rendendo-se a imperativos de ordem pública, estando a excepcionalidade demonstrada no caso, haja vista eventual crime de sonegação fiscal.

A Lei Complementar 105/2001 outorga poderes às autoridades e agentes fiscais tributários da União, Estados e Municípios para examinar registros de instituições bancárias, conquanto que em curso procedimento administrativo, e o Excelso Pretório não julgou as ADIN's propostas com o fito de se ver declarada inconstitucional a norma. Ao contrário, sobressai



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de diversos julgados das Cortes Superiores entendimento em prol da relatividade do direito ao sigilo.

A propósito, confira-se excerto da ementa de um julgado do e. STJ:

"A LC 105/2001 dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, determinando que não constitui violação do dever de sigilo, entre outros, o fornecimento à Secretaria da Receita Federal de informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações - artigo 11, § 2º, da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF -, e a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, e 9º, da lei complementar em tela (artigo 1º, § 3º, III e VI).

5. Em seu artigo 6º, o referido diploma legal, estabelece que: "As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária."

6. Nesse segmento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está assentada no sentido de que: "a exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência" e que "inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal." (REsp 685.708/ES, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 20.06.2005).

7. Tese inversa levaria a criar situações em que a administração tributária, mesmo tendo ciência de possível sonegação fiscal, ficaria impedida de apurá-la.

8. Deveras, ressoa inadmissível que o ordenamento jurídico crie proteção de tal nível a quem, possivelmente, cometeu infração.

9. **Isto porque o sigilo bancário não tem conteúdo absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade pública e privada, este sim, com força de natureza absoluta. A regra do sigilo bancário deve ceder todas as vezes que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. O sigilo bancário é garantido pela Constituição Federal como direito fundamental para guardar a intimidade das pessoas desde que não sirva para encobrir ilícitos.** (REsp 943.304/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 18/06/2008)

"TRIBUTÁRIO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN.

1. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que permeiam a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001.

2. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.

3. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.

4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art, 6º dispõe: "Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente." 5. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

6. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.

7. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.

8. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.

9. Recurso Especial provido.

(REsp 506232/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 02/12/2003, DJ 16/02/2004 p. 211)

De outro lado, consoante assentei por ocasião do indeferimento do pedido liminar, a *"decisão que indeferiu o pedido deduzido em defesa preliminar e recebeu a denúncia (fl. 475), ainda que sucinta, está suficientemente fundamentada para afastar o argumento de existência de prova ilícita. Com efeito, o magistrado a sustentou na manifestação de fls. 464/470 e no argumento de que as informações da movimentação financeira do paciente referem-se a períodos posteriores à publicação da Lei Complementar nº 105/01"*, razão pela qual não assiste razão à impetração, quanto à alegada ausência de motivação do *decisum*.

Há de se assinalar, por fim, que, tendo a defesa apresentado nos autos da ação penal originária uma preliminar de nulidade com base na ilicitude da prova coligida, a abertura de vista ao Órgão Ministerial é antes cumprimento ao princípio do contraditório, e não violação, já que alegado fato impeditivo e extintivo da acusação.

Sob outra perspectiva, não menos certo é que o contraditório apenas tem início com o recebimento da denúncia, e, não tendo sido demonstrado prejuízo pela prática do ato processual por parte do Ministério Público, não se declara a propugnada nulidade.

Ante o exposto, DENEGO A ORDEM pleiteada.

E ao proferir sentença, o Juiz singular assim se manifestou (fls. 613/618):

Por outro lado, a defesa alega também preliminarmente que haveria nulidade da prova colhida, posto que houve quebra de sigilo sem autorização judicial, conforme se pode verifica no aditamento das alegações finais inserto em fls. 879/822.

Ao ver deste juízo, não merece acolhida a irresignação.

Com efeito, deve-se destacar que o fato da prova obtida para a constituição do crédito tributário, através de autuação fiscal, ser colhida através de sigilo bancário quebrado sem autorização judicial, ou seja, com base na movimentação financeira da pessoa jurídica cujo réu é o responsável, derivada de dados provenientes da CPMF, não gera qualquer nulidade processual.

Com efeito, ao ver deste juízo, há que se considerar que o direito constitucional ao sigilo não é um direito absoluto, visto que protege interesses privados. Em sendo assim, nas hipóteses discriminadas na legislação deve ceder diante do interesse público, do interesse da justiça e do interesse social na forma e com observância dos procedimentos fixados em lei e atendido o princípio da razoabilidade.

Não se encontram sob essa proteção, em relação à Administração Tributária, os dados e fatos sujeitos à relatividade do direito de segredo, por legítimos motivos de ordem pública, como os relacionados aos combates à evasão e à sonegação fiscal, uma vez que é inaceitável que os contribuintes tenham qualquer direito de impedir o Fisco de cumprir, mediante processo administrativo, respeitados os direitos individuais pertinentes, o seu poder-dever de fiscalizar e tributar corretamente, o que pressupõe a possibilidade de identificação do patrimônio, rendimentos e atividades que indiquem capacidade contributiva. Neste sentido, aliás, a norma do artigo 145, § 1º, da Carta Magna é expressa:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O sistema de preservação de garantias e quebra ao sigilo bancário instituído pela Lei Complementar nº 105/2001 e pelo Decreto nº 3.724/2001 visa conferir à atividade administrativa-tributária transparência e, principalmente, assegurar-lhe o exercício do devido processo legal.

Haveria violação de princípios constitucionais caso a quebra do sigilo bancário fosse produto de atos arbitrários, sem respeito ao devido processo legal. Daí porque o novo regime jurídico fixou, de forma minuciosa, o procedimento administrativo a ser trilhado pelas autoridades fazendárias no caso de necessidade de acesso a conta bancária.

Observa-se que o legislador foi rigorosamente cauteloso ao dispor sobre as possibilidades e formas da quebra do sigilo bancário, tanto na Lei Complementar nº 105/2001, como no respectivo Decreto nº 3.724/2001, quando detalha o procedimento de fiscalização a ser adotado pela Secretaria da Receita Federal.

Outrossim, deve-se destacar que a utilização de dados da CPMF poderia ser feita neste caso, já que não se está aplicando a lei complementar de forma retroativa a fatos anteriores à sua vigência (ano 1998).

Eis a redação do artigo impugnado:

(...)

A alteração procedida pela Lei nº 10.174/01 não confere retroatividade ao poder fiscalizatório da administração, uma vez que se refere a procedimentos investigativos iniciados depois de sua vigência. Nesse sentido, a norma sob comento é abstrata e geral, voltando-se para fatos futuros e para indeterminadas situações fáticas.

O fato de ser a data do fato imponível anterior à vigência da norma sobredita não é preponderante para a conclusão da retroatividade desta.

Diga-se que não se cuida de norma de direito material tributário, senão de norma procedimental, a modificar a forma de cognição apta a instaurar o procedimento administrativo fiscal. Sob esse prisma, cumpre salientar a aplicação imediata da norma focada.

Caso adotássemos posição diversa, por certo a norma do artigo 144 do Código Tributário Nacional - que determina que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador e rege-se pela Lei então vigente (ou seja, vigente na época do fato gerador), também seria inquinada de retroativa.

Na realidade, uma vez ocorrido o fato gerador de um tributo, a fiscalização e atos tendentes ao lançamento tributário devem reger-se pela Lei vigente na época da fiscalização e não do-fato gerador do tributo, sob pena de instituir óbice ao lançamento do crédito tributário e consagrar um suposto "direito adquirido" a não ser fiscalizado de acordo com normas jurídicas supervenientes ao fato gerador da exação,

Nesse sentido, destaque-se julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos autos dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 726.778/PR, 1ª Seção, Relator Ministro Castro Meira, DJU de 05/03/2007, in verbis (...)

Por oportuno, considere-se que, ao contrário do que alega a defesa, ainda não existe posição firmada e definitiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal em relação à questão da inconstitucionalidade da quebra do sigilo fiscal por parte da Receita Federal. Em um primeiro ponto, há que se destacar que a decisão citada pelo réu foi tomada por cinco votos a quatro, sendo ainda certo que um dos Ministros integrantes da corte não votou e ainda resta uma vaga da corte em aberto, fatos estes que podem (devem) modificar a posição jurídica tomada pela Corte no Recurso Extraordinário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Note-se que a questão só será definitivamente dirimida quando a composição Plena do Supremo Tribunal Federal analisar com profundidade as ADIN's relativas ao tema (ADI 2386/DF, ADI 2390/DF e ADI 2397/DF), pelo que, assim, este juízo mantém sua posição jurídica que considera constitucional da quebra de sigilo bancário sem a necessidade de autorização judicial.

Portanto, não há que se falar em ilegalidade e/ou ilegitimidade da prova produzida.

Não se desconhece a existência de precedentes desta Corte Superior de Justiça proclamando a licitude da quebra de sigilo realizada nas condições aqui tratadas, sem prévia autorização judicial, bem como assentando a aplicação imediata na norma de regência. Confirmam-se:

RECEITA FEDERAL. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. LEGALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. OFENSA À PORTARIA. NÃO INCLUSÃO DESSA ESPÉCIE DE ATO NORMATIVO NO CONCEITO DE "LEI FEDERAL". DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INEXISTENTE. ALEGAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(AgRg no REsp 1205907/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 06/12/2011)

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.665 REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.

4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: "Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária."

8. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 1134665/SP, DJe 18/12/2009, sujeito ao regime dos "recursos repetitivos", reafirmou o entendimento de que: "8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN).

9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato imponível, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Conseqüentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, DJe 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, DJ 04.09.2006).

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

15. In casu, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo thema iudicandum restou assim identificado: "Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001."

17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso."

9. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).

10. A ofensa a princípios e preceitos constitucionais não é passível de apreciação em sede de recurso especial.

11. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1329960/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 22/02/2011)

TRIBUTÁRIO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO POR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. IRRETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001.

1. Na instância especial, o Superior Tribunal de Justiça, em princípio, não dispõe do contencioso constitucional. Por tal razão não se conhece da pretensão recursal no tocante à alegação de que as normas contidas no art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.021/90 e no art. 3º da Lei nº 9.311/96, alterado pela Lei nº 10.174/01, seriam inconstitucionais (Corte Especial, REsp 215.881/PR, Rel. p/ Acórdão Min. Nilson Naves, DJU de 08.04.02).

2. Apenas a partir da vigência da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, é possível o acesso às informações bancárias do contribuinte na forma instituída pela Lei nº 10.174/2001, ou seja, sem a requisição judicial. A aplicação desse conjunto de normas para a obtenção de dados relativos a exercícios financeiros anteriores sem autorização judicial, como é o caso dos autos, implica ofensa ao princípio da irretroatividade das leis.

3. Assim, não pode a autoridade fazendária ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte anteriores a 10.01.01, como preconiza a Lei Complementar nº 105/01, sem o crivo do judiciário.

4. Recurso especial provido.

(REsp 531.826/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/10/2005, DJ 31/05/2006, p. 245)

De outra parte, cumpre registrar que o Supremo Tribunal Federal já assentou a impossibilidade de o Tribunal de Contas de União requisitar informações que importem em quebra de sigilo bancário. Veja-se:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

O Tribunal de Contas da União, a despeito da relevância das suas funções, não está autorizado a requisitar informações que importem a quebra de sigilo bancário, por não figurar dentre aqueles a quem o legislador conferiu essa possibilidade, nos termos do art. 38 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.595/1964, revogado pela Lei Complementar 105/2001. Não há como admitir-se interpretação extensiva, por tal implicar restrição a direito fundamental positivado no art. 5º, X, da Constituição. Precedente do Pleno (MS 22801, rel. min. Menezes Direito, DJe-047 de 14.03.2008.) Ordem concedida.

(MS 22934, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 08-05-2012 PUBLIC 09-05-2012)

EMENTA Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Operações financeiras. Sigilo. 1. A Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 - TCU - 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 - TCU - Plenário.

(MS 22801, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2007, DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-01 PP-00167 RTJ VOL-00205-01 PP-00161 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 488-517)

Também já se firmou, naquela Corte Suprema, a vedação de encaminhamento, à Receita Federal, de informações bancárias obtidas com autorização judicial, mas em sede de inquérito policial que investigue crime diverso do apurado pelo Fisco. Confira-se:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. COMPARTILHAMENTO DAS INFORMAÇÕES COM A RECEITA FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - Não é cabível, em sede de inquérito, encaminhar à Receita Federal informações bancárias obtidas por meio de requisição judicial quando o delito investigado for de natureza diversa daquele apurado pelo fisco.

II - Ademais, a autoridade fiscal, em sede de procedimento administrativo, pode utilizar-se da faculdade inculpada no art. 6º da LC 105/2001, do que resulta desnecessário o compartilhamento in casu.

III - Agravo regimental desprovido.

(Inq 2593 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00040)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, em 15.12.2010, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808, Relator o Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal consignou a inconstitucionalidade de norma que autorize a Receita Federal a quebrar sigilo de dados do contribuinte sem autorização judicial. Eis a ementa do aresto:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

(RE 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218 RTJ VOL-00220- PP-00540)

É certo que tal julgamento ainda não foi concluído, estando pendentes de apreciação os embargos de declaração opostos. É certo também que há Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre o tema ainda não examinada. Todavia, o que foi decidido, por maioria de votos, no aludido recurso extraordinário reproduz exatamente meu entendimento acerca da matéria.

A meu ver, a inviolabilidade do sigilo de dados, garantida pela Constituição Federal em seu art. 5º, XII, deve preponderar na hipótese. É imprescindível, ressalvada a hipótese de Comissão Parlamentar de Inquérito, que a excepcionalidade de tal garantia constitucional passe pelo crivo do Poder Judiciário.

Não cabe à Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo e sem competência constitucional específica, requisitar diretamente às instituições bancárias a quebra do sigilo bancário. Tal pleito deve necessariamente ser submetido à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu *decisum*, em observância ao art. 93, IX, da Carta Magna.

Ressalte-se que, na hipótese, o Delegado da Receita Federal obteve a quebra do sigilo bancário sem sequer indicar motivação concreta para o ato, limitando-se a reproduzir trecho da norma de regência, consignando que "esta RMF é indispensável ao andamento do procedimento de fiscalização em curso, nos termos do art. 4º, § 6º, do Decreto nº 3.724, de 2001". Tal circunstância acentua a ilegalidade da prova aqui impugnada.

Destaque-se, por oportuno, alguns trechos do voto do eminente Ministro Celso de Melo do aludido RE nº 389.808:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esse tema ganha ainda maior relevo, se se considerar o círculo de proteção que o ordenamento constitucional estabeleceu em torno das pessoas, notadamente dos contribuintes do Fisco, objetivando protegê-los contra ações eventualmente arbitrárias praticadas pelos órgãos estatais da administração tributária, o que confere especial importância ao postulado da proteção judicial efetiva, que torna inafastável, em situações como a dos autos, a necessidade de autorização judicial, cabendo ao Juiz, e não à administração tributária, a quebra do sigilo bancário.

(...)

Com efeito, a própria Constituição da República, em seu art. 145, § 1º, ao dispor sobre o sistema tributário nacional, prescreve, em caráter impositivo, que a administração tributária, quando no exercício de sua competência, respeite os direitos individuais das pessoas em geral e dos contribuintes em particular.

O exame da questão ora em análise torna indispensável que se aprecie, já nesta fase, o tema concernente ao poder do Estado e às relações entre o Fisco, os contribuintes e os cidadãos em geral.

Impende reconhecer, desde logo, que não são absolutos - mesmo porque não o são - os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, cabendo assinalar, por relevante, Senhores Ministros, presente o contexto ora em exame, que o Estado, em tema de tributação, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional.

Daí a necessidade de rememorar, sempre, a função tutelar do Poder Judiciário, investido de competência institucional para neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais, que, muitas vezes deslembadas da existência, em nosso sistema jurídico, de um verdadeiro "estatuto constitucional do contribuinte" consubstanciador de direitos e limitações oponíveis ao poder impositivo do Estado (Pet 1.466/PB, Rei. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF nº 125) - culminam por asfixiar, arbitrariamente, o sujeito passivo da obrigação tributária, inviabilizando-lhe, injustamente, trate-se de obrigação tributária principal, cuide-se de obrigação tributária acessória ou instrumental, a prática de garantias legais e constitucionais (...).

(...)

Na realidade, a circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do correto desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes, em particular.

(...)

Posta a questão nesses termos, mostra-se imperioso assinalar, considerados os fatos subjacentes ao litígio em causa, que se revela inacolhível a pretensão da administração tributária federal, que busca afastar, "ex propria auctoritate", independentemente de prévia autorização judicial, o sigilo bancário da empresa contribuinte, ora recorrente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se pode ignorar que o direito à intimidade (e, também, à privacidade) - que representa importante manifestação dos direitos da personalidade - qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada.

Daí a correta advertência feita por CARLOS ALBERTO DI FRANCO, para quem "Um dos grandes desafios da sociedade moderna é a preservação do direito à intimidade. Nenhum homem pode ser considerado verdadeiramente livre, se não dispuser de garantia de inviolabilidade da esfera de privacidade que o cerca" .

Por isso mesmo, a transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, sem qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, tem o significado de grave transgressão ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade e à privacidade (MS 23.669-MC/DF, Rei. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), pois este, na abrangência de seu alcance, representa o direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada" (Hannah Arendt) .

É certo que a garantia constitucional da intimidade (e da privacidade) não tem caráter absoluto. Na realidade, como já decidiu esta Suprema Corte, "Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição" (MS 23.452/RJ, Rei. Min. CELSO DE MELLO). Isso não significa, contudo, que o estatuto constitucional das liberdades públicas - nele compreendida a garantia fundamental da intimidade e da privacidade - possa ser arbitrariamente desrespeitado por qualquer órgão do Poder Público.

(...)

Mais do que isso, esta Suprema Corte salientou, ao julgar o Inq 897-AgR/DF, Rei. Min. FRANCISCO REZEK, DJU de 02/12/94, que, não sendo absoluta a garantia pertinente ao sigilo bancário, torna-se lícito afastar, quando de investigação criminal se cuidar, p. ex. , a cláusula de reserva que protege as contas bancárias nas instituições financeiras, revelando-se ordinariamente inaplicável, para esse específico efeito, a garantia constitucional do contraditório.

(...)

A exigência de preservação do sigilo bancário enquanto meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade - impõe ao Estado o dever de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. A ruptura desse círculo de imunidade só se justificará desde que ordenada por órgão estatal investido, nos termos de nosso estatuto constitucional, de competência jurídica para suspender, excepcional e motivadamente, a eficácia do princípio da reserva das informações bancárias.

Em tema de ruptura do sigilo bancário, somente os órgãos do Poder Judiciário dispõem do poder de decretar essa medida extraordinária, sob pena de a autoridade administrativa interferir, indevidamente, na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. Apenas o Judiciário, ressalvada a competência das Comissões Parlamentares de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inquérito (CF, art. 58, § 3º), pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário.

Daí a correta decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, que, em julgamento sobre o tema ora em análise, assim apreciou a questão pertinente à indispensabilidade de prévia autorização judicial para efeito de quebra do sigilo bancário:

(...)

A efetividade da ordem jurídica, a eficácia da atuação do aparelho estatal e a reação social a comportamentos qualificados pela nota de seu desvalor ético-jurídico não ficarão comprometidas nem afetadas, se se reconhecer aos órgãos do Poder Judiciário, com fundamento e apoio nos estritos limites de sua competência institucional, a prerrogativa de ordenar a quebra do sigilo bancário. Na realidade, a intervenção jurisdicional constitui fator de preservação do regime das franquias individuais e impede, pela atuação moderadora do Poder Judiciário, que se rompa, injustamente, a esfera de privacidade das pessoas, pois a quebra do sigilo bancário não pode nem deve ser utilizada, ausente a concreta indicação de uma causa provável, como Instrumento de devassa indiscriminada das contas mantidas em instituições financeiras.

A tutela do valor pertinente ao sigilo bancário não significa qualquer restrição ao poder de investigar e/ou de fiscalizar do Estado, eis que o Ministério Público, as corporações policiais e os órgãos incumbidos da administração tributária e previdenciária do Poder Público sempre poderão requerer aos juízes e Tribunais que ordenem às instituições financeiras o fornecimento das informações reputadas essenciais à apuração dos fatos.

Impõe-se destacar, neste ponto, que nenhum embaraço resultará do controle judicial prévio dos pedidos de decretação da quebra de sigilo bancário, pois, consoante já proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, não sendo absoluta a garantia pertinente ao sigilo bancário, torna-se lícito afastar, em favor do interesse público, a cláusula de reserva que protege as contas bancárias nas instituições financeiras.

Não configura demasia insistir, Senhor Presidente, na circunstância - que assume indiscutível relevo jurídico - de que a natureza eminentemente constitucional do direito à privacidade impõe, no sistema normativo consagrado pelo texto da Constituição da República, a necessidade de intervenção jurisdicional no processo de revelação de dados ["disclosure"] pertinentes às operações financeiras, ativas e passivas, de qualquer pessoa eventualmente sujeita à ação investigatória (ou fiscalizadora) do Poder Público.

A inviolabilidade do sigilo de dados, tal como proclamada pela Carta Política em seu art. 5º, XII, torna essencial que as exceções derogatórias à prevalência desse postulado só possam emanar de órgãos estatais - os órgãos do Poder Judiciário (e, excepcionalmente, as Comissões Parlamentares de Inquérito) aos quais a própria Constituição Federal outorgou essa especial prerrogativa de ordem jurídica.

A equação direito ao sigilo - dever de sigilo exige - para que se preserve a necessária relação de harmonia entre uma expressão essencial dos direitos fundamentais reconhecidos em favor da generalidade das pessoas (verdadeira liberdade negativa, que impõe, ao Estado, um claro dever de abstenção), de um lado, e a prerrogativa que inquestionavelmente assiste ao Poder Público de investigar comportamentos de transgressão à ordem jurídica, de outro - que a determinação de quebra do sigilo bancário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provenha de ato emanado de órgão do Poder judiciário, cuja intervenção moderadora na resolução dos litígios, insista-se, revela-se garantia de respeito tanto ao regime das liberdades públicas quanto à supremacia do interesse público.

Sendo assim, Senhor Presidente, e tendo em consideração as razões expostas, entendo que a decretação da quebra do sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3º), pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer, seja à administração tributária, seja ao Ministério Público, seja, ainda, à Polícia Judiciária, as informações que lhe tenham sido solicitadas.

No mesmo julgado, o eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, consignou:

As questões envolvidas na espécie são muitas. A primeira delas diz respeito à rigidez, a acarretar a supremacia, da Constituição Federal. Ato normativo abstrato autônomo há de respeitar o que nela se contém.

O segundo aspecto tem ligação com o primado do Judiciário. Não se pode transferir a atuação deste, reservada com exclusividade por cláusula constitucional, a outros órgãos, sejam da administração federal, sejam da estadual, sejam da municipal. Vale notar que, nesses dois últimos patamares, também existem entidades cujo objeto, cuja destinação, assemelha-se à da Receita Federal. Admitindo-se que a Receita Federal pode ter acesso direto, por que meio for, a dados bancários de certo cidadão, dever-se-á caminhar no mesmo sentido, por coerência sistêmica, para dar idêntico poder às Receitas estadual e municipal.

A terceira questão a ser considerada concerne à denominada prerrogativa de foro. Detendo-a o cidadão, só pode ter o sigilo afastado ante a atuação, fundamentada, do órgão Judiciário competente, mas, até aqui, segundo o acórdão impugnado mediante este extraordinário, ombreiam, em despropósito insuplantável, o Judiciário e a Receita Federal. Em síntese: ainda que o correntista goze da prerrogativa de ser julgado criminalmente pelo Supremo, este sim autorizado constitucionalmente a quebrar-lhe o sigilo de dados bancários, a Receita poderá fazê-lo não para efeitos criminais, mas de cobrança de tributos, fato que revelará verdadeira coação política na cobrança de tributos, a contrariar jurisprudência sedimentada - Verbetes nº 70, nº 323 e nº 547 da Súmula do Supremo:

(...)

O passo banaliza o que a Constituição Federal quer protegido - a privacidade do cidadão, irmã gêmea da dignidade a ele assegurada mediante princípios explícitos e implícitos.

Assentando que preceitos legais atinentes ao sigilo de dados bancários não de merecer, sempre e sempre, interpretação, por mais que se potencialize o objetivo, harmônica com a Carta da República, provejo o recurso extraordinário interposto para conceder a segurança. Defiro a ordem para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da recorrente. Com isso, confiro à legislação de regência - Lei nº 9.311/96, Lei Complementar nº 105/01 e Decreto nº 3.724/01 - interpretação conforme à Carta Federal, tendo como conflitante com esta a que implique afastamento do sigilo bancário do cidadão, da pessoa natural ou da jurídica, sem ordem emanada do Judiciário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre o tema, transcrevo trechos de importante doutrina (BELOQUE, Juliana Garcia, "Sigilo Bancário - análise crítica da LC 105/2001", São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003):

Os dados protegidos pelo sigilo financeiro integram a esfera inviolável da intimidade individual, cumprindo papel relevante à assecuração da liberdade, notadamente na sociedade massificada e computadorizada da transição do milênio.

(...)

Nessa esteira, o sigilo financeiro não é mero instrumento da prática dos profissionais do crédito, servindo à agilidade e segurança de seus negócios, mas uma indispensável forma de proteção da intimidade da vida privada.

Destarte, inafastável a conclusão que identifica o sigilo financeiro como direito preceituado no art. 5º, X, da CF, que declara a inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

(...)

De qualquer forma, está o sigilo protegido em cláusula pétrea na atual ordem constitucional, o que macula de inconstitucionalidade qualquer emenda que intente aboli-lo, ou mesmo que preveja situações indicativas de uma tendência à sua abolição. Isto é o que determina o art. 60, § 4º, da Carta Constitucional. (pp. 75/77)

Diante do que foi exposto, retira-se a breve, mas relevantíssima, conclusão de que o Poder Judiciário é o único legitimado, no Estado Constitucional brasileiro, para a decretação da quebra de sigilo financeiro, ato de restrição do direito fundamental à intimidade.

Esta assertiva decorre essencialmente da conjugação de dois fatores:

I - no equilíbrio do exercício limitado e repartido das funções estatais, o Poder Judiciário apresenta-se como aquele exclusivamente vocacionado à decisão valorada de restrição de direito fundamental;

II - a grave restrição da intimidade, aspecto do direito à liberdade individual, como implicação da quebra do sigilo financeiro, a penas pode ocorrer por meio do devido processo legal, cujo desenvolvimento exige a atuação condutora do juiz constitucionalmente competente. (p. 122)

A Receita é parte interessada na relação jurídica tributária, na qual assume o papel de credora em face do contribuinte, e o ordenamento jurídico não confere a uma parte o poder de violar os direitos subjetivos da outra para garantir efetivação de seus interesses sem antes se dirigir ao Judiciário, de modo a avocar-se a função de único arbítrio das suas próprias atitudes.

Vale acrescentar que o legislador da indigitada lei complementar não compactuou com o princípio interpretativo da Constituição que indica a máxima eficácia dos direitos fundamentais.

Na análise material de inconstitucionalidade de uma lei restritiva de direitos fundamentais, deve-se atentar se a restrição não se encontra além das possibilidades previstas na Constituição e se a mesma não se mostra exagerada, provocando indevida diminuição do alcance essencial destes direitos.

Esse é o resultado das disposições que permitem a quebra de sigilo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

financeiro por instituições particularmente interessadas no conteúdo das informações sigilosas, absolutamente parciais, encontrando-se em postura que desestimula a ponderação necessária.

Desta forma, o sigilo financeiro perde o seu efeito em relação ao Poder Público, o que lhe subtrai o caráter de liberdade pública, de direito fundamental positivado pelo Estado, prevalecente diante das violações perpetradas não só pelos particulares, como também por esse mesmo Estado, que o declarou e assegurou na ordem jurídica. Assim, retira-se a sua característica mais essencial.

O quadro é de excessiva concentração de poder, consoante acentua Hamilton Dias de Souza: "Se a quebra do sigilo bancário é feita pelo mesmo órgão que investiga ou que acusado, já uma concentração de poder nas mãos de um, sem que tal seja contrastado por outro poder, como o Judiciário. Quando a um direito do Estado, que se pretende fazer valer pelo Poder Executivo, se opõe outro direito, do indivíduo, deve a questão ser submetida ao Judiciário (outro Poder) que, com imparcialidade, analise e decida".

Por fim, é importante consignar que palavras de ordem, superficiais, que intentam atribuir a pecha de insensibilidade social à construção jurídica ora realizada, sob o argumento de que falta o instrumental adequado ao combate da sonegação fiscal, não merecem crédito. Deveras, presentes indícios suficientes da prática de ilícitos tributários, haverá justa causa à decretação judicial da quebra de sigilo financeiro, cujo procedimento perante a autoridade competente, ninguém mais que o juiz constitucionalmente competente, não oferece delongas ou obstáculos despropositados. Ausentes estes elementos, a compreensão do direito individual à intimidade apresenta-se arbitrária e contrária ao Direito, não devendo - em nenhuma esfera estatal - ser executada. (pp. 135/136)

Uma visão unitária do ordenamento jurídico impede a admissibilidade no processo, instrumento de realização do direito material, das provas obtidas ilicitamente.

Neste compasso, a Constituição da República de 1998 expressamente determinou a inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meio ilícitos. Como implicação, o elemento probatório não deve sequer ingressar no processo e, caso isso venha a ocorrer, mediante equivocado juízo de admissibilidade, o seu destino é o desentranhamento, sendo nula a decisão que nele se embasar. Tratando-se de atipicidade constitucional, por violação a normas de garantia da Constituição da República, a nulidade será absoluta. (p. 171)

Assim, é de rigor que seja declarada nula a prova resultante da quebra de sigilo bancário aqui tratada, realizada diretamente pela Receita Federal, bem como, em consequência, a sentença condenatória proferida na ação penal. Afastada a prova ilícita, cabe ao magistrado singular proferir nova sentença.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para declarar nula a prova decorrente da quebra de sigilo bancário aqui tratada, com a consequente desconstituição da sentença condenatória proferida nos autos da Ação Penal nº 0010527-87.2003.403.6110 (2003.61.10.010527-2), da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Sorocaba. Afastada a prova ilícita, deve o magistrado singular proferir nova sentença.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.385 - SP (2009/0108805-3)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Sr. Presidente, quero cumprimentar a Sra. Ministra Relatora, pela profundidade do voto.

Penso que, efetivamente, o art. 5º da Constituição Federal, no seu inciso XII, consagra a inviolabilidade do sigilo de dados. Certo é que o próprio Supremo Tribunal Federal, em um precedente que é citado às folhas 22 do voto de S. Exa., pelo Plenário, entendeu que a regra é a privacidade, na forma da Constituição, e que ela só pode ser quebrada por ordem judicial. Esse precedente foi tomado pelo Plenário, em 2011, após a Lei Complementar n. 105, que é de 2001. Veja-se que esse precedente, tomado pelo Pleno, de relatoria do Sr. Ministro Marco Aurélio, já sinaliza pela inconstitucionalidade da norma. Pude perceber que há vários precedentes do Tribunal, aplicando a norma, mas, no próprio precedente do Sr. Ministro Luiz Fux, diz ele:

"A ofensa a preceitos e princípios constitucionais não é passível de apreciação em sede de recurso especial".

Essa matéria só pode ser deslindada, definitivamente, à luz da Constituição Federal.

Acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0108805-3

HC 138.385 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200361100105272 200903000062560

EM MESA

JULGADO: 18/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DORA MARZO DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI CORDANI E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : FLAVIO SILVA JUNIOR
ADVOGADA : PAULA LIMA HYPPOLITO DOS SANTOS E OUTRO(S)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). PAULA LIMA HYPPOLITO DOS SANTOS, pela parte PACIENTE: FLAVIO SILVA JUNIOR

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.