



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.744 - SP (2011/0076417-3)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : EDUARDO PIZARRO CARNELÓS E OUTRO
ADVOGADO : EDUARDO PIZARRO CARNELOS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : LUCY CONCEIÇÃO DE ALQUINAS BORGES
PACIENTE : SIMONE FROSSARD GEMI
PACIENTE : CLÁUDIO ROBERTO PASQUINI ZEMELLA
PACIENTE : CARLOS ROBERTO TEIXEIRA LEVY

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. NULIDADE DA PROVA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recurso especial e ordinário, ou de revisão criminal, assim alinhando-se a precedente do Supremo Tribunal Federal.
2. O trancamento de inquérito policial, em sede de *habeas corpus*, somente deve ser acolhido se restar, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, de ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito e ainda da atipicidade da conduta.
3. A quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu decisum, em observância aos artigos 5º, XII e 93, IX, da Carta Magna.
4. 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.
5. *Habeas corpus* não conhecido, mas, de ofício, concedida a ordem para reconhecer a nulidade das provas obtidas mediante a quebra do sigilo bancário, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das decorrentes da documentação bancária sigilosa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.744 - SP (2011/0076417-3)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : EDUARDO PIZARRO CARNELÓS E OUTRO
ADVOGADO : EDUARDO PIZARRO CARNELOS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : LUCY CONCEIÇÃO DE ALQUINAS BORGES
PACIENTE : SIMONE FROSSARD GEMI
PACIENTE : CLÁUDIO ROBERTO PASQUINI ZEMELLA
PACIENTE : CARLOS ROBERTO TEIXEIRA LEVY

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de Lucy Conceição de Alquinias Borges, Simone Frossard Gemi, Cláudio Roberto Pasquini Zemella e Carlos Roberto Teixeira Levy, apontando como autoridade coatora o Tribunal Federal da 3ª Região.

Requerem os impetrantes o trancamento do inquérito policial instaurado para apurar a suposta prática do crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/1990.

Aduzem que " *não havendo ilícito tributário assim reconhecido pela Receita Federal, nem mesmo havendo crédito exigível na esfera tributária, decorrente da conduta que poderia caracterizar crime contra a ordem tributária, não há crime a ser apurado. E não havendo crime a ser apurado, a instauração de inquérito policial constitui constrangimento ilegal que deve ser coartado por ordem de habeas corpus, ainda que a D. autoridade coatora e um dos Delegados de Polícia que presidiu o feito tenham procurado qualificar os fatos como caracterizadores de outras figuras penais*".

Alegam, ainda, que José Vescovi Junior, agente fiscal que formulou pedido de instauração da ação penal, requisitou diretamente a instituições financeiras os dados e movimentações bancárias de diversas pessoas jurídicas, o que prejudica a prova que suporta a instauração do inquérito, ante a ausência de interveniência de Juiz competente e de decisão fundamentada a afastar os sigilos que acabaram indevidamente escancarados.

O pedido de liminar foi indeferido (fl. 629)

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação do *writ* (fls. 662/666).

Informações, datadas de 14 de julho de 2015, dão conta de que, desde 29 de abril de 2014, tramita o inquérito policial entre o Departamento de Polícia Federal e o Ministério Público Federal, nos termos da Resolução nº 63/2009 do Conselho da Justiça Federal (fls. 683/685).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.744 - SP (2011/0076417-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça - STJ ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150. 499, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedente do Supremo Tribunal Federal - STF (HC 104.045/RJ, Rel. MINISTRA ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Primeiramente, destaco precedentes do Superior Tribunal de Justiça - STJ, nos quais entendeu-se que o trancamento de inquérito policial, em sede de *habeas corpus*, somente deve ser acolhido se restar, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, de ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito e ainda da atipicidade da conduta (STJ. HC 148.732/RN, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 11/10/2010).

Alega o impetrante que, no caso em questão, o procedimento administrativo restou concluído, tendo a 5ª turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil decidido não haver crédito tributário exigível, devendo ser aplicada a Súmula Vinculante nº 24 do STF, que dispõe expressamente pela inexistência de crime contra a ordem tributária antes do lançamento definitivo do tributo.

No ponto, não assiste razão ao impetrante.

Bem referiu o acórdão atacado que *a eventual utilização e nota fiscais "frias" pela empresa Bomardiel Transportation Brasil LTda" pode ter ocorrido com o intuito de mascarar anterior delito de sonegação fiscal e não apenas como meio à sua perpetração, circunstância que, inclusive ensinaria a agravante do artigo 61, inciso II, alínea "b", do Código Penal, não sendo possível a essa altura cogitar-se na aplicação do princípio da consunção, isto é, da "absorção" dos delitos de falso e uso de documento falso pelo crime de sonegação fiscal, uma vez que os fatos ainda estão sob investigação, podendo apresentar desfecho diverso aos crimes contra a ordem tributária (fl. 568).*

Tendo sido consignado pelo Tribunal *a quo* a possibilidade da existência de outros crimes além do crime tributário, como falsificação de documento, uso de documento falso, mostra-se prematuro o trancamento do inquérito policial. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORPUS. APURAÇÃO DE CONDUTAS QUE TRANSCENDEM A MERA PRÁTICA DE CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Segundo orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 81.611/DF), a decisão definitiva do processo administrativo-fiscal constitui condição objetiva de punibilidade, consistindo elemento fundamental à exigibilidade da obrigação tributária, tendo em vista que os crimes previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 são materiais ou de resultado.

2. Nessa linha, consoante recente posicionamento da Terceira Seção (Rcl 1.985/RJ), deve ser reconhecida a ausência de justa causa para a instauração de inquérito policial na pendência de recurso na esfera administrativa, por inexistir lançamento definitivo do débito fiscal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 83.353-5 e 86.120-2).

3. Contudo, tratando-se de inquérito policial em que a investigação transcende a mera apuração do delito de sonegação fiscal, uma vez que as demais condutas não guardam relação com a conclusão do procedimento administrativo-fiscal, não há falar em trancamento do inquérito.

4. Recurso improvido.

(RHC 19.083/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2006, DJ 04/12/2006, p. 337)

Alega, ainda, o impetrante que, mesmo já esgotada a alçada funcional do Auditor da Receita Federal, formulou ele pedido de instauração de ação penal em face de "Bombardier Transportation Brasil Ltda", dirigido à Chefe da Procuradoria da República em São Paulo, em manifesto desvio de suas funções, já que a representação fiscal para fins penais só poderia se dar após o exaurimento definitivo do procedimento fiscal, em todas as suas instâncias.

Do exame dos autos, denota-se que o Auditor responsável pela auditoria fiscal na empresa "Bombardier Transportation Brasil Ltda.", valeu-se de farta documentação por ele obtida em razão de suas funções para apresentar *notitia criminis* ao Parquet Federal.

Com efeito, observa-se que o Auditor, com base no art. 6º da LC n. 105/2001, requisitou, diretamente às referidas instituições bancárias, dados e movimentações financeiras, sem autorização judicial, conforme se extrai do seguinte trecho destacado de seu depoimento à Superintendência Regional da Polícia Federal em São Paulo (fl. 99/100):

"Que diante das evidências de que as prestações de serviços contratadas entre a BOMARDIER e as quatro empresas haviam sido produto de simulação, o depoente solicitou a expedição de Requisições de Movimentação Financeira às instituições bancárias nas quais as quatro empresas mantinham contas; Que a partir da análise dos documentos encaminhados pelas instituições bancárias em atendimento às RMFs, o depoente pôde constatar que os pagamentos da 'prestação de serviços' destinados a pelo menos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

três das quatro empresas (OFFICE CONSULT, INFO TECNO e RECORD) haviam retornado para as contas de funcionários da própria BOMBARDIER (...)"

Baseado exclusivamente nos referidos dados, fornecidos ao Ministério Público pelo Auditor, foi instaurado inquérito, tendo como investigados os pacientes.

O Tribunal *a quo*, consoante trecho do acórdão atacado, entendeu serem legítimas as provas obtidas, *verbis*:

No tocante à legitimidade dos agentes da Receita Federal em requisitar informações bancárias diretamente, sem necessidade de autorização judicial, tal fator é expressamente previsto na Lei complementar nº 105/2001, quando já em curso procedimento administrativo fiscal, de forma que nenhuma ilegalidade praticou o Auditor Fiscal noticiante.

Quanto à ilegalidade das providências tomadas pelo agente público, entendo que, verificando a possibilidade de existência de outros crimes que não apenas de ordem tributária, não há razão para que o auditor aguardasse o término do procedimento administrativo para, somente então, noticiar os demais fatos.

Já no que concerne à nulidade da documentação bancária que deu ensejo à instauração do inquérito, vê-se que o entendimento adotado pelo Tribunal está na contramão da jurisprudência sedimentada desta Corte.

A garantia constitucional do sigilo de dados, projeção do direito fundamental à intimidade, encontra-se assim disciplinada na Constituição:

*Art. 5º, inciso XII - é inviolável o **sigilo** da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

Em que pese seja permitido ao legislador ordinário estabelecer hipóteses e formas em que possível o afastamento do sigilo em questão, os requisitos insculpidos na Carta Maior não podem ser afastados, uma vez que, em se tratando de garantia essencial ao exercício de direitos individuais, trata-se de cláusula pétrea - nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV, da CF - cuja proteção não pode ser afastada, mesmo através de Emenda Constitucional.

Disto se conclui que a decretação de medida invasiva à privacidade do indivíduo somente poderá se dar para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, mediante ordem de autoridade competente, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 389.808, decidiu pela inconstitucionalidade da interpretação dada à norma que permite que a Receita



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal utilize informações relativas à CPMF para fins de fiscalização de imposto de renda, por importar em quebra de sigilo de dados do contribuinte sem autorização judicial.

Eis a ementa do julgado:

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)

Na mesma esteira, este Superior Tribunal também firmou o posicionamento no sentido de que o fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco, sem prévia autorização judicial, com o conseqüente oferecimento de denúncia com base em tais informações, é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. NULIDADE DA PROVA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Este Superior Tribunal firmou o posicionamento no sentido de que o fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco, sem prévia autorização judicial, com o conseqüente oferecimento de denúncia com base em tais informações, é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. *Precedentes.*

2. Considerando que não houve prévia autorização judicial para a quebra do sigilo bancário do recorrente, bem como que a denúncia lastreou-se apenas em elementos dela obtidos, não há como não afastar a nulidade da ação penal.

3. ***Ainda que se alegue ou que se sustente, com base na Lei Complementar n. 105, artigo 6º, que é possível o acesso a essas informações bancárias pela autoridade fazendária, sem autorização judicial, não há como isso ser possível para fins de investigação no processo criminal, pela previsão constitucional expressa a respeito.***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Recurso em habeas corpus provido para, reconhecendo nulas as provas obtidas mediante a quebra de sigilo bancário aqui tratada, anular a denúncia e a consequente ação penal, ressalvada a possibilidade de que nova demanda seja proposta em desfavor do recorrente, com base em prova lícita (Processo n.

0010951-90.2007.4.03.6110, da 3ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Sorocaba/SP).

(RHC 34.952/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 15/09/2014)

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

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Hipótese, contudo, em que há flagrante ilegalidade a ser reconhecida.

3. A quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu decisum, em observância aos artigos 5º, XII e 93, IX, da Carta Magna.

4. 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.

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para, reconhecendo nula a prova decorrente da quebra de sigilo bancário aqui tratada, anular a denúncia e a consequente ação penal, ressalvando a possibilidade de nova demanda ser proposta, com base em prova lícita.

(HC 258.460/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 18/08/2014)

Ante o exposto, voto por não conhecer do habeas corpus, mas, de ofício, concedo a ordem para declarar nulas as provas obtidas mediante a quebra do sigilo bancário, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das decorrentes da documentação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bancária sigilosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0076417-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 202.744 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200961810057030 201003000374432 374431420104030000 57035620094036181

EM MESA

JULGADO: 02/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: EDUARDO PIZARRO CARNELÓS E OUTRO
ADVOGADO	: EDUARDO PIZARRO CARNELOS E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	: LUCY CONCEIÇÃO DE ALQUINAS BORGES
PACIENTE	: SIMONE FROSSARD GEMI
PACIENTE	: CLÁUDIO ROBERTO PASQUINI ZEMELLA
PACIENTE	: CARLOS ROBERTO TEIXEIRA LEVY

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). EDUARDO PIZARRO CARNELOS, pelas partes PACIENTES: LUCY CONCEIÇÃO DE ALQUINAS BORGES, SIMONE FROSSARD GEMI, CLÁUDIO ROBERTO PASQUINI ZEMELLA e CARLOS ROBERTO TEIXEIRA LEVY

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.