



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 167539 - SP (2022/0210920-8)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **R P T**
ADVOGADOS : **CELSO SANCHEZ VILARDI - SP120797**
RENATA HOROVITZ KALIM - SP163661
MICHEL SALIBA OLIVEIRA - DF024694
DOMITILA KÖHLER - SP207669
ALEXANDRE DE OLIVEIRA RIBEIRO FILHO - SP234073

EMENTA

DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO *CAEIRO*. OPERAÇÃO *BLACK FLAG*. RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PODERES INVESTIGATÓRIOS. RELATÓRIO FISCAL. ELEMENTOS DE PROVA. IMPERTINÊNCIA TEMÁTICA. DESVIO DE FINALIDADE. NULIDADE. RECONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CADEIA DE CUSTÓDIA. MARCO TEMPORAL. PREJUÍZO MANIFESTO.

I – O poder de investigação de natureza penal é, tipicamente, inerente ao exercício das funções da polícia judiciária, Civil e Federal, nos termos, respectivamente, do artigo 144, §1º, inciso IV, e §4º, da Constituição. O parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Penal, por sua vez, prescreve que a apuração de condutas de natureza criminal não exclui, contudo, a atribuição das autoridades administrativas, a quem, por lei, seja cometida a mesma função. E, especificamente em relação à Receita Federal, o artigo 194, do Código Tributário Nacional, estabelece atribuição e poderes administrativos em matéria de fiscalização e investigação para a aplicação da legislação tributária.

II – A Receita Federal do Brasil possui atribuição e poderes administrativos para, em caráter suplementar, apurar condutas de repercussão penal, desde que inseridas no espectro de suas atribuições e em atenção à finalidade fiscal. As limitações, por conseguinte, são duas: (i) *pertinência temática*: a atuação deve estar associada à relação jurídica tributária ou aduaneira; e (ii) *finalidade fiscal*: a atividade deve perseguir a tutela fiscal, de modo que, ainda que apure ilícitos de natureza tributária, não se admite desvirtuamento de finalidade para que sejam atingidos outros fins.

III – Muito embora existam pontos de contato, o desenvolvimento da atividade da Receita Federal não pode invadir a esfera de atribuição da polícia judiciária ou, ainda que na apuração tematicamente adequada, atuar em desvio da

finalidade fiscal. E os respectivos *procedimentos fiscais averiguatórios* não podem, dessa forma, ter por objeto a persecução de condutas delituosas desconectadas da relação jurídica tributária.

IV – No caso concreto, a Receita Federal desbordou dos limites de sua atribuição ao perseguir elementos estranhos à relação jurídica tributária, portanto, fora da limitação temática que dá contorno à sua atuação e em desvio da finalidade fiscal. E, assim, o descumprimento das regras e princípios, na elaboração do relatório fiscal produto da *operação*, deu causa à ilicitude dos elementos de prova constituídos e derivados, em aplicação analógica do artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal.

V – Dos elementos que constam dos autos, é possível reconhecer que Receita Federal realizou investigação mediante diligências avulsas e reuniu documentos de forma esparsa, desordenada e cronologicamente desorganizada. Todavia, Tribunal *a quo* não examinou a questão ao decidir pela inaplicabilidade das normas da cadeia de custódia ao caso concreto em razão do marco temporal, fato que inviabiliza a análise nesta instância extraordinária.

VI – O instrumento do *habeas corpus* é cabível para o reconhecimento de nulidades no curso da investigação ou da correspondente ação penal, mormente consubstanciada na ilicitude de elementos de prova. Isso porque a hipótese releva cenário de manifesto constrangimento ilegal passível de reconhecimento, ainda que por dever de ofício, pelo Superior Tribunal de Justiça.

VII – A produção de elementos de prova sem a correspondente atribuição induz à sua ilicitude, sem a viabilidade de aplicação utilitária daquilo que se constituiu, porquanto descumprida regra que assegura direitos individuais constitucionalmente garantidos.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Daniela Teixeira, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 12 de dezembro de 2023.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 167539 - SP (2022/0210920-8)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **R P T**
ADVOGADOS : **CELSO SANCHEZ VILARDI - SP120797**
RENATA HOROVITZ KALIM - SP163661
MICHEL SALIBA OLIVEIRA - DF024694
DOMITILA KÖHLER - SP207669
ALEXANDRE DE OLIVEIRA RIBEIRO FILHO - SP234073

EMENTA

DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO *CAEIRO*. OPERAÇÃO *BLACK FLAG*. RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PODERES INVESTIGATÓRIOS. RELATÓRIO FISCAL. ELEMENTOS DE PROVA. IMPERTINÊNCIA TEMÁTICA. DESVIO DE FINALIDADE. NULIDADE. RECONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CADEIA DE CUSTÓDIA. MARCO TEMPORAL. PREJUÍZO MANIFESTO.

I – O poder de investigação de natureza penal é, tipicamente, inerente ao exercício das funções da polícia judiciária, Civil e Federal, nos termos, respectivamente, do artigo 144, §1º, inciso IV, e §4º, da Constituição. O parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Penal, por sua vez, prescreve que a apuração de condutas de natureza criminal não exclui, contudo, a atribuição das autoridades administrativas, a quem, por lei, seja cometida a mesma função. E, especificamente em relação à Receita Federal, o artigo 194, do Código Tributário Nacional, estabelece atribuição e poderes administrativos em matéria de fiscalização e investigação para a aplicação da legislação tributária.

II – A Receita Federal do Brasil possui atribuição e poderes administrativos para, em caráter suplementar, apurar condutas de repercussão penal, desde que inseridas no espectro de suas atribuições e em atenção à finalidade fiscal.

As limitações, por conseguinte, são duas: (i) *pertinência temática*: a atuação deve estar associada à relação jurídica tributária ou aduaneira; e (ii) *finalidade fiscal*: a atividade deve perseguir a tutela fiscal, de modo que, ainda que apure ilícitos de natureza tributária, não se admite desvirtuamento de finalidade para que sejam atingidos outros fins.

III – Muito embora existam pontos de contato, o desenvolvimento da atividade da Receita Federal não pode invadir a esfera de atribuição da polícia judiciária ou, ainda que na apuração tematicamente adequada, atuar em desvio da finalidade fiscal. E os respectivos *procedimentos fiscais averiguatórios* não podem, dessa forma, ter por objeto a persecução de condutas delituosas desconectadas da relação jurídica tributária.

IV – No caso concreto, a Receita Federal desbordou dos limites de sua atribuição ao perseguir elementos estranhos à relação jurídica tributária, portanto, fora da limitação temática que dá contorno à sua atuação e em desvio da finalidade fiscal. E, assim, o descumprimento das regras e princípios, na elaboração do relatório fiscal produto da *operação*, deu causa à ilicitude dos elementos de prova constituídos e derivados, em aplicação analógica do artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal.

V – Dos elementos que constam dos autos, é possível reconhecer que Receita Federal realizou investigação mediante diligências avulsas e reuniu documentos de forma esparsa, desordenada e cronologicamente desorganizada. Todavia, Tribunal *a quo* não examinou a questão ao decidir pela inaplicabilidade das normas da cadeia de custódia ao caso concreto em razão do marco temporal, fato que inviabiliza a análise nesta instância extraordinária.

VI – O instrumento do *habeas corpus* é cabível para o reconhecimento de nulidades no curso da investigação ou da correspondente ação penal, mormente consubstanciada na ilicitude de elementos de prova. Isso porque a hipótese releva cenário de manifesto constrangimento ilegal passível de reconhecimento, ainda que por dever de ofício, pelo Superior Tribunal de Justiça.

VII – A produção de elementos de prova sem a correspondente atribuição induz à sua ilicitude, sem a viabilidade de aplicação utilitária daquilo que se constituiu, porquanto descumprida regra que assegura direitos individuais constitucionalmente garantidos.

Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental, interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** (fls. 1.269-1.312), contra decisão monocrática (fls. 1.201-1.212) que deu provimento ao recurso em *habeas corpus* para declarar a ilicitude das provas decorrentes de relatório fiscal da Receita Federal do Brasil no âmbito da *Operação Caieiro*, posteriormente, renomeada, pela Polícia Federal, *Operação Black Flag*.

Em suas razões, o Ministério Público Federal sustenta (i) a legalidade da investigação realizada pela Receita Federal porquanto não teria havido extrapolação de atribuição pelo órgão fiscal; (ii) a ausência de irregularidades na cadeia de custódia, uma vez que os documentos que embasaram os procedimentos investigativos foram disponibilizados pela Receita Federal; (iii) a inviabilidade da análise das teses na via mandamental; e (iv) a inexistência de demonstração do prejuízo. Pede, assim, a reconsideração da decisão e, sucessivamente, a submissão do agravo à respectiva Turma (fls. 1.269-1.312).

Os autos cuidam de recurso ordinário em *habeas corpus*, interposto por **R P T**, contra acórdão do **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO**, no HC n. 5000140-55.2022.4.03.0000, que negou o pedido de trancamento da ação penal formulado no *writ* originário.

Consta que o paciente foi denunciado pela prática de crimes contra a ordem tributária, estelionato majorado, falsificação de documento público, uso de documento falso, falsidade ideológica e obtenção de financiamento fraudulento, nos termos do art. 1º, inciso I, c/c art. 12, inciso I, da Lei 8.137/90; art. 171, §3º, art. 297, *caput*, art. 304, *caput*, art. 299, *caput*, do Código Penal; e art. 19, *caput*, da Lei 7.492/86, nos autos das ações penais n. 5008194-62.2021.4.03.6105, n. 5008408-53.2021.4.03.6105, n. 5008315-90.2021.4.03.6105 e nº 5008232-74.2021.4.03.6105).

Nas razões do recurso ordinário, a defesa alegou, em suma, a nulidade das provas derivadas da atuação da Receita Federal, uma vez que: (i) teria havido quebra da cadeia de custódia relativa aos documentos que deram origem a relatório fiscal; (ii) a investigação realizada pela Receita Federal teria excedido a esfera de sua atribuição e não teria se submetido ao controle do Poder Judiciário; e (iii) as medidas cautelares seriam ilegais porque o relatório teria sido encaminhado desacompanhado da documentação citada. E, assim, pediu o provimento do recurso para que fosse reconhecida a ilegalidade

da investigação com o desentranhamento das provas ilícitas (fls. 1.019-1.078).

O Ministério Público Federal, como *custos legis*, apresentou parecer pelo desprovimento do recurso ordinário em *habeas corpus* (fls. 1.172-1.184).

Anexo às razões do agravo regimental, o Ministério Público Federal juntou manifestação de seu órgão na origem (fls. 1.313-1.364).

A defesa ofereceu contraminuta ao agravo regimental (fls. 1.398-1.432).

É o relatório.

VOTO

A controvérsia consiste no exame de nulidades suscitadas pela defesa em investigação conduzida pela Receita Federal do Brasil no âmbito da *Operação Caieiro*, posteriormente renomeada *Black Flag* pela Polícia Federal.

Os autos dão conta de que a Ouvidoria da Receita Federal recebeu denúncia anônima que apontava prática de ilícitos tributários e crimes não tributários a R P T (fls. 66). E, assim, deu início a uma apuração que, mais tarde, denominou *Operação Caieiro*.

Em 15 de agosto de 2023, após análise da questão, concluí que, no caso concreto, a Receita Federal não poderia ter extrapolado o seu âmbito legítimo de atuação para conduzir investigações sobre eventos que pertenciam a esferas jurídicas distintas, muito menos fatos que, embora pudessem caracterizar crimes, não ofenderiam, direta e imediatamente, a ordem tributária. E, assim, reconheci a ilicitude das provas oriundas do relatório fiscal produzido na *Operação Caieiro* e determinei o desentranhamento dos elementos de prova derivados da apuração dos autos na origem.

Conforme relatado, contra a decisão monocrática, o Ministério Público Federal apresentou agravo regimental em que sustenta, em síntese, (i) a legalidade da investigação realizada pela Receita Federal; (ii) a ausência de irregularidades na cadeia de custódia; (iii) a inviabilidade da análise das teses na via mandamental; e (iv) a inexistência de demonstração do prejuízo.

Contextualizada a questão, passo, então, à apreciação da matéria.

O poder de investigação de natureza penal é, tipicamente, inerente ao exercício das funções da polícia judiciária, Civil e Federal, nos termos, respectivamente, do artigo 144, §1º, inciso IV, e §4º, da Constituição.

O parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Penal, por sua vez, prescreve que a apuração de condutas de natureza criminal não exclui, contudo, a atribuição das autoridades administrativas, a quem, por lei, seja cometida a mesma função. E, especificamente em relação à Receita Federal, o artigo 194, do Código Tributário Nacional, estabelece atribuição e poderes administrativos em matéria de fiscalização e investigação para a aplicação da legislação tributária.

A partir das premissas normativas, é certo que a Receita Federal do Brasil possui atribuição e poderes administrativos para, em caráter suplementar, apurar condutas de repercussão penal, desde que inseridas no espectro de suas atribuições e em atenção à finalidade fiscal. As limitações, por conseguinte, são duas: (i) *pertinência temática*: a atuação deve estar associada à relação jurídica tributária ou aduaneira; e (ii) *finalidade fiscal*: a atividade deve perseguir a tutela fiscal, de modo que, ainda que apure ilícitos de natureza tributária, não se admite desvirtuamento de finalidade para que sejam atingidos outros fins.

O poder de polícia *administrativa* da Receita Federal, portanto, possui contornos e não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sob pena da potencialidade de violação a direitos fundamentais e indevida invasão da esfera de atribuição dos órgãos de persecução penal. A atividade de administração e repressão fiscal pressupõe, assim, limites inerentes e a respectiva sujeição ao controle judicial.

Em outras palavras, apesar da viabilidade suplementar da atuação da Receita Federal para apuração de ilícitos de natureza criminal, não se pode admitir usurpação de atribuição dos órgãos de persecução tipicamente penal.

Por consequência lógica, muito embora existam pontos de contato, o desenvolvimento da atividade da Receita Federal não pode invadir a esfera de atribuição da polícia judiciária ou, ainda que na apuração tematicamente adequada, atuar em desvio da finalidade fiscal. E os respectivos *procedimentos fiscais averiguatórios* não podem, dessa forma, ter por objeto a persecução de condutas delituosas desconectadas da relação jurídica tributária.

Obviamente, nada obstante o poder para investigar ilícitos tributários e aduaneiros – que, eventualmente, podem caracterizar crimes de natureza tributária –, é possível que a apuração identifique, em decorrência da atuação, indícios de prática de delitos estranhos à atribuição do órgão fiscal. Nessa hipótese, a Receita Federal persistirá nas averiguações do fato, porquanto inserido na esfera de sua atividade finalística. E,

encerrada a investigação e considerando a existência de indícios de possível ocorrência de infração tributária de natureza criminal, fará comunicação aos órgãos de repressão penal, pois configurado o dever de *representação fiscal para fins penais*.

Por outro lado, como dito, a Receita Federal não pode, a pretexto de examinar incidentes tributários e aduaneiros, investigar delitos sem repercussão direta na relação jurídica tributária. Nessa hipótese, a pertinência temática e finalística denota limitação na atuação e o consequente dever de comunicar os órgãos de persecução tipicamente penal, uma vez que constituído o dever de *representação para fins penais*.

São, portanto, hipóteses distintas que pressupõem posturas, igualmente, diversas.

Não é por outro motivo que a Portaria RFB n. 1750, de 12 de novembro de 2018, conferiu tratamento distinto à *representação fiscal para fins penais*, que se refere a fatos que configuram, em tese, crimes contra a ordem tributária, contra a Previdência Social, e de contrabando ou descaminho (art. 1º, inciso I), e à *representação para fins penais*, que se refere a fatos que configuram, em tese, crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional ou contra administração pública estrangeira, de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 1º, inciso II).

A *representação para fins penais* indica imediatidade, uma vez que impõe que o servidor da Receita Federal formalize e protocole a comunicação no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que tiver ciência do fato, e que a representação seja formalizada ao órgão do Ministério Público Federal, igualmente, no prazo de 10 (dez) dias, contados da data de sua protocolização (art. 17, *caput*, e 1º, da Portaria RFB n. 1750/08).

Nesse contexto, registro que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar os poderes de investigação do Ministério Público, igualmente, delimitou o espaço de atuação de cada órgão fiscalizatório, ao decidir que “*o ordenamento constitucional não impede que outros órgãos estatais, diversos da Polícia, promovam, por direito próprio, em suas respectivas áreas de atribuição, atos de investigação destinados a viabilizar a apuração e a colheita de provas concernentes a determinado fato que atinja valores jurídicos postos sob a imediata tutela de referidos organismos públicos, independentemente de estes posicionarem-se nos domínios institucionais do Poder Executivo ou do Poder Legislativo*” (STF, HC n. 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de

19/11/2009).

Partindo para o caso concreto, segundo a defesa, em abril de 2016, a Receita Federal teria recebido denúncia anônima que apontava crimes de natureza tributária e não tributária envolvendo o paciente. Todavia, a Receita Federal não teria encaminhado a notícia aos órgãos de persecução penal e teria tomado para si a tarefa de investigar as suspeitas. Isso porque, após analisar informações fiscais e movimentações bancárias das pessoas envolvidas, a Receita deu início a dois procedimentos fiscais com requisições, em paralelo, de informações sobre movimentações financeiras e expedições de ofícios que, ao juízo da defesa, teriam o objetivo de investigar crimes financeiros, de falsidade e de lavagem de capitais. E, anos depois da denúncia anônima, foi redigido o relatório fiscal objeto da controvérsia.

Sobre a questão, o Tribunal de origem se manifestou nos seguintes termos (fls. 986-991):

"Nesse passo, também não há que se falar em 'excesso investigatório por parte da Receita Federal do Brasil na condução da apuração que culminou no referido relatório fiscal, eis que teria transcendido o âmbito dos delitos tributários'.

O poder de investigação é inerente ao exercício das funções da polícia judiciária-Civil e Federal, nos termos do art. 144, §1º, IV, e § 4º, da Constituição Federal. Por sua vez, o próprio art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, dispõe que a apuração das infrações penais e da sua autoria não excluirá a competência de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função, como é o caso da Receita Federal do Brasil, que possui poder de polícia.

[...]

Saliente-se, ainda, que a Receita Federal possui poder de polícia, sendo seus atos dotados de presunção de legitimidade e veracidade, atributos que regem a atividade administrativa. As informações foram colhidas e direcionadas ao interesse de apuração de ilícitos tributários, tendo surgido no curso dos procedimentos fiscais outros ilícitos, que, diante da gravidade, motivaram a elaboração do relatório e encaminhamento ao MPF."

Cumprido observar que o relatório fiscal em questão foi encaminhado em substituição à representação fiscal para fins penais, o que demonstra o dever do Fisco Federal apresentar ao Ministério Público esta atividade preparatória, legítima, consentânea com a responsabilidade do poder de polícia a ela inerente, tendo surgido no curso dos procedimentos fiscais, indícios de ilícitos penais diversos.

No mais, a possibilidade de compartilhamento dos dados

sigilosos ao seu alcance com o Ministério Público, independentemente da intermediação judicial, está, atualmente, imune a qualquer questionamento. A matéria já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 1.055.941, na sistemática da repercussão geral, oportunidade em que fixou a tese vinculante, relativa ao Tema nº 990, quanto à constitucionalidade do “compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.”

Embora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região tenha entendido que “(...) *as informações teriam sido colhidas e direcionadas ao interesse da apuração de ilícitos tributários, tendo surgido no curso dos procedimentos fiscais outros ilícitos, que, diante da gravidade, motivaram a elaboração do relatório (...)*”, não é essa a conclusão que exsurge da leitura dos autos.

No momento do recebimento da denúncia anônima, os auditores responsáveis tiveram conhecimento, *a priori*, de fatos que, em tese, configuravam crimes de natureza estranha à relação jurídica tributária aduaneira.

Da leitura da denúncia, acima transcrita, é possível extrair comunicação, ao menos, dos delitos de estelionato (artigo 171, Código Penal), lavagem de dinheiro (artigo 1º da Lei 9.613/98), falsificação de documento público, privado e falsidade ideológica (artigos 297, 298 e 299, CP) e obtenção de financiamento público mediante fraude (artigos 19 e 20 da Lei 7.492/86), pelo uso das seguintes expressões respectivamente: “*dando golpes no mercado*”; “*oculta patrimônio*”; “*tem documentação falsa*” e dá “*golpe em instituições financeiras*”.

A efetiva investigação pela Receita Federal dos fatos que, em tese, caracterizariam os referidos crimes, também, é comprovada pelas diligências que não guardavam relação com ilícitos tributários investigados e, ainda, corroboram a compreensão de que o órgão de fiscalização tributária exorbitou em sua atribuição, na medida em que o relatório fiscal apresenta, por exemplo, cópias fotográficas de processos judiciais, realiza diligências pessoais no condomínio em que residia a esposa do paciente, para obtenção de informações sobre veículos de moradores específicos e pessoas que os visitavam; busca e coleta de fotos aéreas de imóveis relacionados à determinadas linhas

telefônicas; acesso e coleta de trechos de conversas de WhatsApp; expedição de ofício ao Tribunal Regional Eleitoral e a Cartórios de Registro Civil para coleta de informações de pessoas não investigadas.

Assim, constato que o relatório da *Operação Caeiro* não se limitava ao procedimento fiscal ordinário, inserto na temática tributária e com finalidade de apuração de ilícitos dessa natureza. Em verdade, as investigações tiveram como ponto de partida denúncia apócrifa, que, desde logo, narrava a existência de tipos penais não tributários. E culminaram no acesso às informações fiscais e bancárias disponíveis ao órgão tributário e em outras ações efetivadas exclusivamente pelo órgão de fiscalização fiscal com vistas à averiguação das infrações penais. Isso tudo sem autorização prévia do Poder Judiciário ou notificação ao Ministério Público Federal, o qual não foi cientificado quando suspeitas de ilícitos não tributários surgiram, mas somente após longo período do início das investigações acerca de tais crimes pela Receita Federal.

Nesse contexto, registro, também, que o caso não se confunde com a descoberta fortuita de provas. A serendipidade pressupõe o encontro acidental de prova relacionado a fato diverso daquele que está sendo investigado. Na espécie, os fatos dos quais se constituíram os elementos de prova eram objeto da investigação, de modo que inviável a tese de que teria surgido no curso de procedimento fiscal de forma casual.

De todo o exposto, não se está a infirmar as atribuições de natureza fiscal da Receita Federal, mas, apenas, a constatar que, no caso concreto, a Receita Federal desbordou dos limites de sua atribuição ao perseguir elementos estranhos à relação jurídica tributária, portanto, fora da limitação temática que dá contorno à sua atuação e em desvio da finalidade fiscal. E, assim, ante o descumprimento das regras e princípios na elaboração do relatório fiscal produto da *operação*, concluo pela ilicitude dos elementos de prova constituídos e, igualmente, inadmissíveis aqueles derivados, em aplicação analógica do artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal.

Superada a questão da ilegalidade da investigação realizada pela Receita Federal, passo ao exame da tese de quebra da cadeia de custódia.

A defesa aduziu, nas razões do recurso ordinário em *habeas corpus*, quebra da cadeia de custódia porquanto “(...) a incompletude da prova é fato pacificamente constatado nos autos. É incontroverso que a cadeia de custódia não foi preservada e que os necessários documentos não acompanharam o Relatório enviado pela Receita Federal” (fl. 1.028); e que, “no caso concreto, a insistência desta Defesa na vinda da

documentação aos autos revelou que o trabalho da Receita Federal não teve qualquer cuidado com a cadeia de custódia que pudesse viabilizar, além da autenticidade e integralidade dos elementos de prova, o controle jurisdicional sobre os atos administrativos que resultaram no 'Relatório Fiscal' que serviu como ponto de partida da apuração policial e judicial" (fl. 1.043).

O Ministério Público Federal, por outro lado, sustentou, nas razões do agravo regimental, a inexistência de irregularidades na cadeia de custódia, uma vez que os documentos que embasaram os procedimentos investigativos foram disponibilizados pela Receita Federal.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, concluiu que *"o artigo 158-A do CPP aplica-se a partir do início da sua vigência, em 23.01.2020 e, a informação fiscal em apreço remonta a 29.04.2019, época anterior ao início da vigência da Lei 13.964, de 24.12.2019, que inseriu o novo art. 158-A no Código de Processo Penal e cuja foi de 30 (trinta) dias"* (fl. 986) e que o aludido dispositivo legal não se aplicaria ao trabalho desenvolvido pela Receita Federal.

O entendimento relativo ao marco temporal encontra amparo em precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"[...] O laudo pericial impugnado pela Defesa teria sido confeccionado em 2015, muito antes, portanto, da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019 que inseriu as disposições sobre a cadeia de custódia no Código de Processo Penal. Assim, em respeito ao princípio tempus regit actum, aparentemente, nem seria "possível se falar em quebra da cadeia de custódia, por inobservância de dispositivos legais que não existiam à época" (AgRg no HC n. 739.866/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022; sem grifos no original)" (AgRg no RHC n. 174.357/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 31/3/2023, grifei).

"[...] Conforme assentado pela Corte local, os institutos processuais são regidos pelo princípio tempus regit actum, nos termos do art. 2º do CPP, in verbis: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior". Nesse contexto, não é possível se falar em quebra da cadeia de custódia, por inobservância de dispositivos legais que não existiam à época" (RHC n. 141.981/RR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 29/3/2021, grifei).

No entanto, nada obstante a delimitação temporal, muito embora o regramento específico não retroaja, a observância mínima da preservação da cadeia de custódia não surgiu com a edição dos artigos 158-A a 158-F, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, cito:

"[...] embora o específico regramento dos arts. 158-A a 158-F do CPP (introduzidos pela Lei 13.964/2019) não retroaja, a necessidade de preservar a cadeia de custódia não surgiu com eles. Afinal, a ideia de cadeia de custódia é logicamente indissociável do próprio conceito de corpo de delito, constante no CPP desde a redação original de seu art. 158. Por isso, mesmo para fatos anteriores a 2019, é necessário avaliar a preservação da cadeia de custódia" (AgRg no RHC n. 143.169/RJ, Quinta Turma, Rel. para acórdão Min. Ribeiro Dantas, DJe de 2/3/2023).

Assim, conquanto na hipótese dos autos não constitua nulidade pela quebra da cadeia de custódia com base na contrariedade de dispositivos legais - que não estavam vigentes à época dos fatos -, certo é que a investigação realizada pela Receita Federal deveria, necessariamente, ter sido realizada segundo um procedimento minimamente formal, a fim de possibilitar o adequado acesso à informação e garantir a higidez do procedimento investigativo.

A Administração Pública tem o dever de observar as formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, conforme preceitua o art. 2º, caput e parágrafo único, da Lei n. 9.784/99. De acordo com o texto legal, *“nos processos administrativos serão observados”* as *“formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados”* (inciso VIII) com a *“adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”* (inciso IX).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, ao declarar a constitucionalidade das disposições contidas na LC nº 104/2001 e na LC nº 105/2001, as quais possibilitam a utilização, por parte da fiscalização tributária, de dados bancários acobertados por sigilo constitucional sem a intermediação do Poder Judiciário, fez constar no resultado do julgamento a *necessidade de se observarem diversos procedimentos*, tais como: pertinência temática entre as

informações bancárias requeridas na forma do art. 6º da LC nº 105/01 e o tributo objeto de cobrança no processo administrativo instaurado; submissão do pedido de acesso a um superior hierárquico do agente fiscal requerente; existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso, de modo que seja possível identificar quem teve acesso aos dados sigilosos, inclusive para efeito de responsabilização, na hipótese de abusos; e estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios.

Se no âmbito administrativo, portanto, deve haver o devido controle quanto às limitações que regem o procedimento de fiscalização tributária, com muito mais razão devem ser estabelecidas balizas na atividade investigativa levada à efeito pela Receita Federal que possa subsidiar ações de natureza criminal, sob pena de inobservância da garantia material do contraditório e da ampla defesa, bem como da inafastabilidade do controle judicial.

No caso concreto, são apontadas as seguintes inconsistências na elaboração do relatório fiscal:

“Nas diferentes oportunidades em que a Receita, atendendo a determinação judicial, fez juntar aos autos a documentação que daria substrato às conclusões narradas no Relatório Fiscal, encaminhou documentos que divergem entre si, alguns com rasura, outros com folhas faltantes e planilhas com extração de dados efetivada em data posterior à elaboração do relatório.

[...]

Num segundo momento, após tomar conhecimento da tabela elaborada pela Defesa, dando conta de forma não exaustiva das diligências e documentos que pôde identificar no Relatório, mas até aquela data não apresentados, a RFB enviou aos autos mais de cinco mil páginas de documentos esparsos, além de uma mídia contendo documentos não pagináveis”

[...]

Os dois TDPF's que já haviam sido encaminhados pela RFB, são apresentados novamente e divergem daqueles do encerramento da fiscalização. Agora são 02 arquivos relativos ao TDPF 08.1.04.00-2018-00089-5 de J. R. No entanto, as últimas páginas do 2º volume, que tratam da formalização, após (e em razão do) envio do Relatório Fiscal ao Ministério Público Federal, foram deletadas da documentação encaminhada pela segunda resposta da RFB (Autos nº 5008408-53.2021.4.03.6105, Id. 57960870, págs. 40 e seguintes),

[...]

Não foi apresentado um só dossiê digital de fluxo eletrônico capaz de atestar a forma como se deu a colheita de documentos digitais

pelo setor competente no âmbito da Receita Federal.

[...]

Não foi apresentado sequer termo de juntada ou apensamento de documentos não-pagináveis, como seria de rigor à luz da Instrução Normativa RFB nº 1782/2018."

A defesa consignou, ainda, que a mídia apresentada continha documentos não pagináveis e fotografias de documentos que estariam encartados em processos judiciais sem, contudo, o registro da origem, motivo ou a indicação responsável pelas fotografias, o que importaria, em tese, desatenção ao *princípio da mesmidade*, já reconhecido em precedente deste Tribunal Superior – no julgamento do HC n. 653.515/RJ, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, porquanto inviável a autenticação da prova.

Por conseguinte, dos elementos que constam dos autos, reconheço que Receita Federal realizou investigação mediante diligências avulsas e reuniu documentos de forma esparsa, desordenada e cronologicamente desorganizada. Todavia, o Tribunal *a quo* não examinou a questão ao decidir pela inaplicabilidade das normas da cadeia de custódia ao caso concreto em razão do marco temporal, fato que inviabiliza a análise nesta instância extraordinária.

Passo, por fim, ao exame das teses remanescentes levantadas pelo Ministério Público Federal: *inviabilidade da análise na via mandamental e inexistência da demonstração de prejuízo*.

O instrumento do *habeas corpus* é cabível para o reconhecimento de nulidades no curso da investigação ou da correspondente ação penal, mormente consubstanciada na ilicitude de elementos de prova. Isso porque a hipótese releva cenário de manifesto constrangimento ilegal passível de reconhecimento, ainda que por dever de ofício, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Já o prejuízo é, igualmente, manifesto. A produção de elementos de prova sem a correspondente atribuição induz à sua ilicitude, sem a viabilidade de aplicação utilitária daquilo que se constituiu, porquanto descumprida regra que assegura direitos individuais constitucionalmente garantidos.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0210920-8 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no
RHC 167.539 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50001405520224030000 50047761920214036105 50081946220214036105
50084085320214036105 50110299120194036105 50169624520194036105

EM MESA

JULGADO: 12/12/2023
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : R P T
ADVOGADOS : CELSO SANCHEZ VILARDI - SP120797
RENATA HOROVITZ KALIM - SP163661
MICHEL SALIBA OLIVEIRA - DF024694
ADVOGADOS : DOMITILA KÖHLER - SP207669
ALEXANDRE DE OLIVEIRA RIBEIRO FILHO - SP234073
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : M L P T
CORRÉU : O T

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Ação Penal - Provas - Prova Ilícita

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : R P T
ADVOGADOS : CELSO SANCHEZ VILARDI - SP120797
RENATA HOROVITZ KALIM - SP163661
MICHEL SALIBA OLIVEIRA - DF024694
ADVOGADOS : DOMITILA KÖHLER - SP207669
ALEXANDRE DE OLIVEIRA RIBEIRO FILHO - SP234073

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. CELSO SANCHEZ VILARDI (P/AGRAVANTE) E
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Daniela Teixeira, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e
Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

 2022/0210920-8 - RHC 167539 Petição : 2023/0087586-7 (AgRg)