



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 41.532 - PR (2013/0340555-2)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : JOSÉ APARECIDO GHISI
RECORRENTE : JOSÉ ROBERTO GHISI
ADVOGADOS : JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO
DANIEL MULLER MARTINS E OUTRO(S)
EDUARDO FERREIRA DA SILVA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ILICITUDE DA PROVA. REQUISIÇÃO PELA RECEITA FEDERAL DE INFORMAÇÕES SOBRE A MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DIRETAMENTE À INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. QUEBRA DO SIGILO. LC N. 105/2001. IMPRESTABILIDADE DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS PARA FINS DE PROCESSO PENAL.

1. A quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu *decisum*.

2. Os dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições bancárias no âmbito de processo administrativo fiscal sem prévia autorização judicial não podem ser utilizados no processo penal, sobretudo para dar base à ação penal.

3. Recurso em *habeas corpus* provido em parte. Ordem concedida apenas para reconhecer a ilicitude de toda prova advinda da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial e determinar seja ela desentranhada da ação penal.

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, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso e conceder ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, as Sras. Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).

Sustentou oralmente o Dr. José Carlos Cal Garcia Filho pelos recorrentes, José Aparecido Ghisi e José Roberto Ghisi.

Brasília, 11 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 41.532 - PR (2013/0340555-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso interposto por **José Aparecido Ghisi** e por **José Roberto Ghisi** contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no HC n. 5014128-34.2013.404.0000/PR.

Consta dos autos que os recorrentes (ao lado de Eder Pavan Berti, Eduardo Kioshima, Noeli Cristina Alves de Paula e Ralf Ritzmann) respondem à Ação Penal n. 5031343-09.2012.404.7000, em trâmite na 3ª Vara Federal Criminal de Curitiba, pela prática, em tese, do delito tipificado no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, porque, na condição de sócios administradores da empresa Canadian Passagens e Turismo Ltda., teriam suprimido o pagamento de tributos federais (IRPJ, CSLL, PIS e Cofins), mediante omissão de receita no valor de R\$ 3.189.061,94 (três milhões, cento e oitenta e nove mil, sessenta e um reais e noventa e quatro centavos), relativamente ao ano calendário de 1998.

Sustentando a ilicitude da prova resultante de quebra de sigilo bancário sem autorização judicial e carente de motivação, consistente em extratos bancários obtidos pela Receita Federal por meio de requisição de movimentações financeiras (RMF) dirigida ao Banco Itaú S/A, sem autorização judicial, pediram ao Tribunal Regional o reconhecimento da nulidade da prova que subsidia a denúncia e o trancamento da ação penal por ausência de justa causa.

Em 20/8/2013, a Sétima Turma denegou a ordem nos termos desta ementa (fl. 4.526):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ART. 144, § 1, DO CTN. LANÇAMENTO. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei Complementar n. 105/2001, de 10 de janeiro de 2001, que é norma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedimental, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no art. 144, § 1º, do CTN, segundo orientação jurisprudencial prevalente neste Regional e no âmbito da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça.

2. Inexistindo flagrante ilegalidade não cabe ao Juízo criminal o exame do mérito do procedimento administrativo fiscal que redundou no lançamento do crédito tributário, em razão da presunção de legitimidade do ato administrativo.

Sobreveio, então, o presente recurso, no qual insistem os recorrentes na tese de que *os documentos bancários obtidos pelo Fisco constituem prova ilícita, cuja exclusão dos autos torna a ação penal de origem desprovida de justa causa* (fl. 4.536).

Mencionam que, no acórdão recorrido, *o primeiro fundamento da impetração – a inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário pela autoridade fazendária – foi afastado sob o argumento de que o precedente do c. Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 6º da LC 105/01 [RE n. 389.808/PR], seria anterior às mudanças recentes na composição da Suprema Corte, de forma que, pelo menos até o julgamento definitivo do Recurso Extraordinário 601.314/SP, submetido ao regime de repercussão geral, prevaleceria a presunção de constitucionalidade do dispositivo mencionado* (fl. 4.537).

E, *no que diz respeito ao segundo fundamento da impetração – ausência de motivação válida –, o acórdão recorrido entendeu que não cabe ao juízo criminal apreciar o mérito do procedimento fiscal, em razão da presunção de legitimidade dos atos administrativos. Além disso, fez considerações sobre a incidência da faculdade prevista na LC 105/01 para fatos anteriores à sua vigência* (fl. 4.537).

Quanto ao último aspecto do julgado, alegam os recorrentes que a decisão seria *extra petita*, porquanto tal fundamento sequer foi objeto da impetração inicial (fl. 4.537). Para eles, *ao denegar a ordem de habeas corpus, o acórdão recorrido não só manteve o constrangimento ilegal a que estão*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

submetidos os recorrentes, como acrescentou novos e improcedentes fundamentos à decisão originariamente combatida (fl. 4.538).

Requerem o conhecimento e provimento deste recurso, *a fim de que seja reformado o acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, afastando-se o constrangimento ilegal a que estão submetidos os recorrentes, em virtude da ilicitude das provas obtidas pela Receita Federal, determinando-se o seu desentranhamento dos autos de origem.* E, considerando que a exclusão das provas ilicitamente obtidas torna a ação penal carente de justa causa, requerem ainda o *trancamento do processo de origem* (fl. 4.562).

O Ministério Público Federal opinou *pela parcial concessão da ordem, apenas para que as provas obtidas ilicitamente sejam extirpadas do acervo probatório* (fl. 4.581). O Subprocurador-Geral da República José Bonifácio Borges de Andrada resumiu assim seu parecer:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL.
PROVA. PRODUÇÃO DE FORMA ILÍCITA.

- A obtenção e utilização de informações financeiras pela autoridade fazendária sem a prévia, necessária e indispensável autorização judicial viola gravemente a garantia constitucional de proteção da intimidade e da privacidade da pessoa quanto à correspondência, às comunicações telegráficas e dos seus dados.

- *Due process of law* material e processual.

Indispensabilidade de prévia ordem ou autorização judicial estabelecida expressamente na Constituição da República.

- A bondade ou licitude do objeto almejado não justifica a ilicitude ou malícia dos meios a serem utilizados para alcançá-lo. Inteligência do art. 5º, X, e XII da Constituição.

- Parecer pela parcial concessão da ordem, apenas para que as provas obtidas ilicitamente sejam extirpadas do acervo probatório.

Em 31/10/2013, os advogados dos recorrentes solicitaram fossem notificados da data da sessão de julgamento e notificaram a intenção de realizar sustentação oral.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 41.532 - PR (2013/0340555-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

De acordo com a denúncia, os pacientes suprimiram o pagamento de tributos federais no total de R\$ 1.416.371,33 (um milhão, quatrocentos e dezesseis mil, trezentos e setenta e um reais e trinta e três centavos), ao omitirem, no ano de 1998, receita que ingressara no patrimônio da empresa da qual eram sócios e administradores, mediante depósitos efetuados (R\$ 3.189.061,94) em determinadas contas bancárias do Banco Itaú S/A.

Consta que a ação fiscal tratada nos autos decorreu da fiscalização do imposto de renda pessoa física do contribuinte **José Aparecido Ghisi**, titular das Contas-Correntes n. 65.760-0 (conta individual) e 66.300-4 (cotitular, em conjunto com Ralf Ritzmann), de certa agência do Banco Itaú, com depósitos no montante de, respectivamente, R\$ 1.762.863,88 (um milhão, setecentos e sessenta e dois mil, oitocentos e sessenta e três reais e oitenta e oito centavos) e R\$ 2.472.545,88 (dois milhões, quatrocentos e setenta e dois mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e oitenta e oito centavos), no ano-calendário de 1998.

O contribuinte recebeu requerimento de entrega de todos os extratos bancários relativos às contas bancárias que deram origem à movimentação financeira questionada. Após sua negativa de apresentação dos extratos bancários, a autoridade fiscal expediu requisição de informações sobre a movimentação financeira (RMF), determinando que o Banco Itaú entregasse cópia dos extratos bancários das referidas contas do período de 1º/1/1998 a 31/12/1998, o que foi atendido mediante expedição do Ofício n. 17.619/2001, de 6/8/2001.

A fiscalização selecionou, por amostragem, diversos depósitos e solicitou explicações aos depositantes, tendo **José Aparecido Ghisi** também prestado esclarecimentos a respeito de tais informações, com declaração de que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todos os valores movimentados naquelas contas bancárias pertenciam à Canadian Passagens e Turismo.

Concluídas as diligências e tendo o auditor fiscal constatado que a movimentação financeira questionada realmente era de responsabilidade da Canadian, a empresa foi intimada a apresentar livros e documentos contábeis e fiscais, bem como a esclarecer a origem dos valores e a natureza das operações que deram causa aos depósitos. No entanto, só logrou êxito na comprovação de parte deles.

Assim, a imprestabilidade da escrituração mantida pela investigada, a falta de livro auxiliar da conta clientes e o desconhecimento da origem de determinados depósitos bancários resultaram na exigência de tributos federais.

Enfim, a fiscalização encerrou-se em 6/8/2002 e culminou com a lavratura de autos de infração com base no lucro arbitrado e com a Representação Fiscal para Fins Penais n. 10980.007895200241 (Processo Administrativo Fiscal n. 10980.007828/2002-26 – Peças de Informação n. 1.25.000.0001628/2011-69), os quais dão supedâneo à Ação Penal n. 5031343-09.2012.404.7000, objeto deste *writ*.

Após apresentação da resposta à denúncia, o Juiz Federal afastou a alegação de ausência de justa causa por ilicitude da prova que dá lastro à acusação. Para tanto, disse, em síntese, que *a autoridade fiscal pode ter acesso a documentos bancários protegidos por sigilo depois de iniciada a correspondente ação fiscal, na forma do art. 6º da LC 105/2001*. Eis o que mais consta da decisão (fls. 4.518/4.519):

[...]

2.4 Ilícitude das provas e inobservância do Decreto 3.724/2001 pela Receita Federal.

As informações bancárias foram obtidas junto à instituição financeira após a instauração do procedimento administrativo fiscal que iniciou-se a partir da MPF nº 0910100-2002-000010- 9 e 0910100-2001-00245-0.

Destaco que a autoridade fiscal **pode ter acesso a documentos bancários protegidos por sigilo depois de iniciada a correspondente**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ação fiscal, na forma do art. 6º da LC 105/2001, *in verbis*:

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.

Ademais, porque, conforme o próprio Supremo Tribunal Federal deixou assentado, **'não há falar em ilicitude das provas por meio de quebra de sigilo bancário, fiscal e de correspondência, sem autorização judicial, porque o poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica, e a garantia do sigilo não se estende às atividades ilícitas'**. (STF - HC 2000.04.01.135398-3).

Não verifico ainda flagrante inobservância ao disposto no Decreto 3.724/2001, que disciplina a requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas.

No ponto, assevero que, conquanto o decidido no Recurso Extraordinário nº 389808/PR, **remanesce a presunção de constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, ante à ausência de pronunciamento final, em sede de controle concentrado, por parte do Supremo Tribunal Federal, acerca da norma em questão.**

Ademais, observo que existe firme orientação jurisprudencial no sentido de que o juízo criminal, salvo flagrantes ilegalidades, não deve apreciar o mérito do procedimento administrativo fiscal que culminou no lançamento do crédito tributário, em razão da presunção de legitimidade do ato administrativo.

Sobre o tema, cito os seguintes precedentes:

[...]

Logo, não estando caracterizada qualquer das hipóteses previstas no art. 397 do CPP, não há que se falar em absolvição sumária. [...]

E o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao manter tal entendimento, lembrou que há posições contraditórias a respeito do tema, contudo, *pelo menos até o julgamento definitivo da matéria no Recurso Extraordinário n. 601314, submetido ao regime da repercussão geral*, há de se reputar *constitucionais os ditames da Lei Complementar nº 105/2001, com relação ao afastamento do sigilo bancário efetuado diretamente pela autoridade fiscal* (fl. 4.520). Disse mais o Relator, Juiz Federal José Paulo Baltazar Junior (fls. 4.520/4.525 – grifo nosso):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Consoante dispõe o artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, diferentemente das leis de natureza material que alcançam apenas os fatos geradores ocorridos em sua vigência.

Dessarte, **a regra inserta no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, revestindo-se de caráter procedimental, por força do artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional, possui aplicação imediata, incidindo sobre fatos pretéritos.**

De igual sorte, por sua natureza procedimental, a Lei nº 10.174/01, que deu nova redação ao § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311/96, permitindo a utilização das informações prestadas pelas instituições financeiras, com base na CPMF, diretamente à Receita Federal, possui aplicação retroativa.

Nesse sentido, colho diversos precedentes da jurisprudência deste Regional e do Superior Tribunal de Justiça, dos quais peço licença para colacionar a ementa:

[...]

Entendo, pois, que o artigo 6º da Lei Complementar 105 pode ser aplicado mesmo com relação aos fatos [geradores] anteriores a sua publicação, desde que o procedimento de afastamento do sigilo bancário tenha ocorrido na sua vigência ou posteriormente. É que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei Complementar 105/2001, que é norma procedimental, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

[...]

Assim sendo, considerando que os procedimentos de quebra do sigilo bancário ocorreram em data posterior à entrada em vigor da Lei Complementar n. 105 e da Lei n. 10.174/2001 (10 de janeiro de 2001), penso que não há mácula a atingir o que se apurou na esfera fiscal.

Portanto, é lícita a prova que ampara a denúncia, consistente em dados bancários que evidenciaram a sonegação tributária, na medida em que a jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente admitido a aplicação retroativa da quebra de bancário prevista na LC nº 105/01 e na Lei nº 10.174/01, aos fatos geradores ocorridos antes da vigência dessas normas, sob o fundamento de que, em se tratando de normas tributárias procedimentais, as quais possuem aplicação imediata, não submetem ao princípio da irretroatividade das leis.

2. Ausência de motivação da requisição expedida pelo fisco

Ainda segundo alegam os impetrantes, o constrangimento ilegal objeto do presente *habeas corpus* não só se limita à ofensa constitucional decorrente da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, mas também se configura ante a ausência de motivação da requisição expedida pelo Fisco. Em outras palavras, a presente impetração busca o reconhecimento da ilicitude das provas que ensejaram o oferecimento da denúncia, em virtude da ilegitimidade do procedimento adotado pela Receita Federal para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constituição do crédito tributário.

Observo que, na fase do art. 397 do Código de Processo Penal, o MM. Juiz Federal *a quo* enfrentou a questão e rechaçou a alegação, porquanto entendeu que, **inexistindo flagrante ilegalidade no procedimento administrativo fiscal que redundou no lançamento do crédito tributário, não cabe ao juízo criminal apreciar o mérito do procedimento, em razão da presunção de legitimidade do ato administrativo.**

Nessa esteira, tampouco cabe a este Tribunal efetuar tal análise, em sede de habeas corpus, especialmente porque o trancamento de ação penal por ausência de justa causa é medida excepcional reservada para hipóteses restritas, nas quais se pode verificar, de plano, que o paciente está sofrendo flagrante coação ilegal. Não vislumbro seja esse o caso dos autos.

Portanto, tendo em vista que o *habeas corpus* não se presta para análise aprofundada do fático-probatório, penso que a discussão deve ser travada na via ordinária.

Destarte, é incompatível com a via eleita a análise de tese defensiva, a qual exige aprofundado exame de prova (corrobora tal assertiva o fato de que os impetrantes instruem a exordial deste habeas corpus com documentos que perfazem 1.264 páginas - evento 01).

Assim, não há falar em constrangimento ilegal no processamento dos pacientes, porque não há evidências de que a prova que lastreia a denúncia é ilícita ou de que o procedimento adotado pela Receita Federal é inválido.

No mesmo sentido, transcrevo trecho nuclear do parecer do Ministério Público Federal, de lavra do Ilustre Procurador Regional da República Manoel Pastana, cujos fundamentos agrego às razões de decidir para denegar a ordem, verbis (evento 12):

[...]

A respeito de a ação penal ter como base processo administrativo fiscal instruído mediante requisição direta da autoridade fiscal a instituições bancárias com fundamento no art. 6º da LC n. 105/2001, a Sexta Turma já se manifestou.

Concluiu este Colegiado que, quando enviadas ao Ministério Público para fins penais, as informações obtidas pelo Fisco configuram inadmissível quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial. Ora, *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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Carta Magna (HC n. 237.057/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 27/2/2013).

Ao julgar o REsp n. 1.201.442/RJ, a Turma reafirmou sua posição, conforme esta ementa (Ministra Maria Thereza Moura, DJe 22/8/2013) – grifo nosso:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO. EXCEÇÃO DA DEFESA. REQUISIÇÃO DO FISCO ÀS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Sendo tributável toda renda e proventos de qualquer natureza a partir da aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, o depósito em conta corrente firma presunção *juris tantum* da disponibilidade - e, pois, da tributabilidade - do numerário ao seu titular, cuja prova em contrário incumbe à defesa, não havendo ilegalidade na distribuição dos ônus da prova e, pois, violação do artigo 156 do Código de Processo Penal.

2. Não se conhece de recurso especial pela divergência se inexistente similitude fática entre os julgados em cotejo.

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 judicial, para fins penais.**

5. É nula a sentença penal condenatória com base em prova obtida mediante quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, devendo outra ser lançada, com base no suporte probatório eventualmente remanescente.

6. Recurso especial improvido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício.

Nesse julgamento, ficou bem claro que, **no âmbito do processo administrativo fiscal, para fins de constituição de crédito tributário**, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 1.134.665/SP (representativo da controvérsia), Relator Ministro Luiz Fux (DJe 18/12/2009), decidiu pela legalidade da requisição direta de informações pela autoridade fiscal às instituições bancárias sem prévia autorização judicial.

Também ficou esclarecido que pende de julgamento pelo Supremo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal a questão referente à constitucionalidade do fornecimento de informações bancárias pelas instituições financeiras ao Fisco sem autorização judicial, **para fins de constituição de créditos tributários** (RE n. 601.314/SP, no qual foi admitida a repercussão geral do caso).

A propósito do disposto na LC n. 105/2001, não se desconhece a decisão do Pleno do Supremo no RE n. 389.808/PR, em controle difuso e incidental de constitucionalidade. Ali, por maioria e sem efeito *erga omnes*, entendeu a Suprema Corte que *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*.

Aqui, no Superior Tribunal de Justiça, a Sexta Turma diz que, **no âmbito do processo criminal**, a questão não demanda maiores discussões. Como expôs a Ministra Maria Thereza, *é inequívoco que o envio de tais informações obtidas pelo Fisco ao Ministério Público e o oferecimento de denúncia com base em tais informações constitui quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial, o que é efetivamente vedado no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional*. E mais:

[...]

De fato, 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.

Decerto, 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 no âmbito do processo penal.

Com efeito, 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 judicial, para fins penais.

[...]

Vale registrar que a Quinta Turma entende que, se não há nenhuma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade no procedimento adotado pelo Fisco e se as provas originárias que ensejaram tanto o procedimento fiscal quanto a propositura da ação penal decorreram de uma quebra de sigilo tributário, nada impede que os resultados das diligências sejam encaminhados ao representante do Ministério Público, a fim de que, visualizando possível incursão da pessoa em eventual crime contra a ordem tributária, busque a melhor averiguação dos fatos com o oferecimento da denúncia e a devida persecução criminal. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

PENAL. TRIBUTÁRIO. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. MEDIDA EXCEPCIONAL. 2. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. ARTS. 6º DA LC 105/2001 E 11, § 3º, DA LEI Nº 9.311/1996 NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.174/2001. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 144, § 1º, DO CTN. 3. ORDEM DENEGADA.

1. O trancamento da ação penal, por ser medida de exceção, somente cabe nas hipóteses em que se demonstrar, à luz da evidência, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou outras situações comprováveis de plano, suficientes ao prematuro encerramento da persecução penal, hipóteses que não se verificam no presente caso.

2. A Lei Complementar nº 105/2001 revogou expressamente o art. 38 da Lei nº 4.595/1964, que autorizava a quebra de sigilo bancário apenas por meio de requerimento judicial.

3. Com o advento da Lei nº 9.311/1996, que instituiu a CPMF, determinou-se que as instituições financeiras responsáveis pela retenção dessa contribuição prestassem informações à Secretaria da Receita Federal, especificamente, sobre a identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações efetuadas, vedando, contudo, no seu § 3º a utilização desses dados para constituição do crédito relativo a outras contribuições ou impostos.

4. Todavia a Lei nº 10.174/2001 revogou o § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311/1991, permitindo a utilização das informações prestadas para a instauração de procedimento administrativo-fiscal a fim de possibilitar a cobrança de eventuais créditos tributários referentes a outros tributos.

5. O art. 144, § 1º, do CTN prevê que as normas tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao contrário daquelas de natureza material que somente alcançariam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

6. Os dispositivos que autorizam a utilização de dados da CPMF pelo Fisco para apuração de eventuais créditos tributários referentes a outros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tributos são normas procedimentais e, por essa razão, não se submetem ao princípio da irretroatividade das leis, ou seja, incidem de imediato, ainda que relativas a fato gerador ocorrido antes de sua entrada em vigor. Precedentes.

7. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 118.849/PB, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 31/8/2012)

O caso em apreço, todavia, enquadra-se melhor em outro precedente da Quinta Turma, também da relatoria do Ministro Bellizze (DJe 27/9/2013 – grifo nosso):

[...]

3. Afigura-se decorrência lógica do respeito aos direitos à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, da Constituição Federal) a proibição de que a administração fazendária afaste, **por autoridade própria, o sigilo bancário do contribuinte, especialmente se considerada sua posição de parte na relação jurídico-tributária, com interesse direto no resultado da fiscalização**. Aliás, a única interpretação condizente com o Estado Democrático de Direito é aquela segundo a qual a mitigação de direitos e garantias individuais somente se dá mediante prévia e motivada decisão judicial – ressalvada a competência extraordinária das Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º, da Constituição Federal) –; afinal, **apenas o Judiciário, desinteressado que é na solução material da causa e, por assim dizer, órgão imparcial, está apto a efetuar a ponderação imprescindível entre o dever de sigilo, decorrente da privacidade e da intimidade asseguradas ao indivíduo, em geral, e ao contribuinte, em especial, e o também dever de preservação da ordem jurídica mediante a investigação de condutas a ela atentatórias**.

[...]

Em minha compreensão, não obstante competir à Receita Federal a administração da então CPMF, incluindo as atividades de tributação, arrecadação e fiscalização, isso não a autoriza, no caso de, no curso de tal incumbência, perceber movimentação financeira esdrúxula, abrir as contas bancárias do contribuinte, esmiuçando-lhe a vida financeira.

De qualquer sorte, não está em questão no momento a autoridade do Fisco para tanto, mas, sim, se tais provas, obtidas sem nenhuma autorização judicial, podem servir de base à ação penal. E, como dito, esta Turma afirma que *a quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabe motivar concretamente seu decisum, em observância aos artigos 5º, XII e 93, IX, da Carta Magna. Os dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições bancárias em sede de processo administrativo tributário sem prévia autorização judicial não podem ser utilizados no processo penal (AgRg no REsp n. 1.402.649/BA, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18/11/2013).

Tal ilegalidade, todavia – segundo a opinião do Subprocurador-Geral da República José Bonifácio Borges de Andrada –, *não impede o curso da questionada apuração criminal, que subsiste com base em outros elementos de prova regularmente colhidos, cujas referências revelam suficientemente a materialidade dos delitos em apuração, conforme se depreende dos termos de declarações prestadas pelos recorrentes no curso do procedimento investigatório (fls. 3072-3073e), dos depoimentos de testemunhas colhidos, bem como do próprio Relatório Final do Inquérito Policial (fls. 3093e), que fez menção a descrição diligências investigativas, aptas a comprovarem a materialidade do delito, constantes dos apensos da ação penal em curso (fl. 4.586).*

Na verdade, embora reconhecida a ilicitude da prova (para fins penais) requisitada diretamente pela Receita Federal sem autorização judicial, não se trata de hipótese de trancamento da ação penal de imediato. Caberá ao Juízo Federal, em primeiro grau, após desentranhar toda prova decorrente da quebra do sigilo bancário sem o competente mandado judicial, fazer a real avaliação do caso.

Dou parcial provimento ao recurso e **concedo habeas corpus** apenas para o fim de reconhecer a ilicitude de toda prova advinda da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial e determinar seja ela desentranhada da ação penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 41.532 - PR (2013/0340555-2)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ: Sr. Presidente, parabenizo o nobre advogado, Dr. José Carlos Cal Garcia Filho, pela sua exposição.

Ouvi atentamente o voto de V. Exa. e, de fato, embora o assunto ainda esteja - no que diz respeito à possibilidade de diretamente haver a quebra do sigilo bancário por meio de autoridade fazendária - sob a pendência de um julgamento no Supremo Tribunal Federal de repercussão geral, não vejo, quanto à utilização desta prova assim colhida para fins criminais, como afastar a sua nulidade, porque, o sigilo bancário é projeção da garantia fundamental da intimidade das pessoas. Trata-se de uma reserva de jurisdição que, portanto, condiciona-se a uma autorização judicial pela autoridade judiciária competente, mediante decisão fundamentada.

Então, ainda que se alegue ou que se sustente, com base na Lei Complementar n. 105, art. 6º, que é possível o acesso a essas informações bancárias pela autoridade fazendária, sem autorização judicial, não vejo como seja isso possível para fins de investigação ao processo criminal, pela previsão constitucional expressa a respeito.

Acompanho o voto de V. Exa. para também **dar parcial provimento ao recurso em *habeas corpus* e, nessa parte, conceder a ordem apenas para o fim de reconhecer a ilicitude de toda a prova advinda da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial e determinar que seja ela desentranhada da ação penal.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0340555-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 41.532 / PR**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50141283420134040000 50313430920124047000 PR-50176257620114047000
PR-50313430920124047000 TRF4-50077990620134040000

EM MESA

JULGADO: 11/02/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: JOSÉ APARECIDO GHISI
RECORRENTE	: JOSÉ ROBERTO GHISI
ADVOGADOS	: JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO DANIEL MULLER MARTINS E OUTRO(S) EDUARDO FERREIRA DA SILVA
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU	: RALF RITZMANN
CORRÉU	: EDUARDO KIOSHIMA
CORRÉU	: NOELI CRISTINA ALVES DE PAULA
CORRÉU	: EDER PAVAN BERTI

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO, pelas partes RECORRENTES: JOSÉ APARECIDO GHISI e JOSÉ ROBERTO GHISI

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, deu parcial provimento ao recurso e concedeu ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, as Sras. Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Marilza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE).