AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.208.106 - SP (2017/0308445-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	EMERSON RODRIGUES MOTTA
ADVOGADOS	:	RODRIGO CARNEIRO MAIA BANDIERI - SP253517
		RUBENS DE OLIVEIRA MOREIRA - SP261174

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto em face de decisão que inadmitiu o recurso especial, com fundamento na Súmula 83/STJ.

Nas razões do especial, aponta o Ministério Público violação do art. 83 da Lei 9.430/1996, além de divergência jurisprudencial.

Sustenta que *não poderia a Eg.Corte Regional conceder a ordem de habeas corpus ao paciente, declarando a nulidade da ação penal e estendendo os efeitos dessa decisão ao corréu, por considerar ilícita a prova colhida a partir do compartilhamento, com o órgão que constitucionalmente tem o dever institucional de promover a ação penal pública, das informações obtidas validamente pela Receita Federal (com base no permissivo do artigo 6° da Lei Complementar n° 105/2001), independentemente de decisão judicial, tratando-se, referido compartilhamento, de dever jurídico do agente fiscal, a rigor do artigo 83 da Lei n° 9.430/96* (fls. 598/599).

Colaciona precedentes, a fim de demonstrar que *sendo válida a prova produzida pela autoridade fiscal, no bojo de procedimento administrativo fiscal, não há que se falar se em nulidade da prova a lastrear a ação penal, que resulta hígida, já declarada a constitucionalidade do procedimento adotado pela Receita Federal, que não eiva de qualquer nulidade a ação penal, instaurada em decorrência da prática de crimes previstos na Lei n° 8.137/90 e contra a Previdência Social* (fl. 603).

Requer, assim, o provimento do recurso especial, no intuito de que seja *afastado o reconhecimento de nulidade da ação penal por suposta ilicitude probatória, seja reformado o v. acórdão proferido pela Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3a Região e, como consequência, seja dado seguimento à ação penal instaurada em face de Emerson Rodrigues Motta e de Nilo Luiz Bettoni Neto, como incursos no artigo 1°, inciso I, da Lei n° 8.137/90 e artigo 337-A, inciso III, do Código Penal* (fls. 611/612).

Apresentada a contraminuta, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do agravo.

É o relatório.

Decido.

O recurso é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão agravada. Passo, portanto, à análise do mérito.

O agravado EMERSON foi denunciado pela prática dos delitos previstos no art. 1°, I, da Lei 8.137/1190 e art. 337-A, III do CP, na forma dos arts. 70 e 71 do CP c/c art. 12, I da Lei 8.137/1990.

Impetrado *habeas corpus* pela defesa do agravado, o Tribunal Federal, por unanimidade, concedeu a ordem para *declarar a nulidade, ab initio, da ação penal n° 0012231-33.2014.4.03.6181 e determinar seu trancamento por ausência de justa causa* (fl. 515).

Acerca da ilicitude das provas obtidas através da quebra de sigilo bancário pela Receita Federal, sem autorização judicial, para fins de instrução no processo criminal, o Tribunal de origem assim referiu (fls. 505/513):

> No caso, não foi proferida decisão judicial prévia, autorizando a quebra do sigilo bancário do paciente, como relatou o juízo impetrado: " [a]s informações oriundas das empresas de cartão de crédito relativas à empresa administrada pelos acusados foram obtidas diretamente pela Receita Federal, na fase de fiscalização, com base no artigo 3° inciso VII, do Decreto n.° 3.724/2011, que regulamente a Lei Complementar n. ° 105/2001, conforme constantes do relatório apresentado na Representação Fiscal para fins penais acostada aos autos (fls. 07/18)" (fls. 293v).
>
> Assim, o caso é de concessão da ordem, pois a obtenção de informações bancárias durante o processo administrativo fiscal não pode ser utilizada como prova na ação penal de origem (autos n° 0012231-33.2014.4.03.6181), sem que haja autorização judicial que legitime a quebra do sigilo bancário.
>
> A questão ora tratada não diz respeito à análise da constitucionalidade do art. 6° da Lei Complementar n° 105/01. Entendo que o dispositivo é constitucional, vez que regulamenta os limites e poderes das autoridades fiscais no âmbito administrativo. Todavia, a interpretação extensiva no sentido de que o referido artigo da Lei Complementar autorizaria a utilização de informações resguardadas pelo sigilo bancário também no âmbito do processo penal, independentemente de autorização judicial específica para tanto, é equivocada e fere direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados, especialmente as previsões do art. 5°, incisos X e XII da Constituição Federal.
>
> A possibilidade de a Receita Federal acessar informações bancárias sigilosas em sede de processo administrativo não autoriza a violação das garantias inerentes à instrução processual penal. A autoridade competente para investigar os fatos no âmbito penal deve produzir provas do delito dentro dos ditames constitucionais e legais. No caso de informações protegidas pelo sigilo bancário, sua condição de prova processual penal lícita e legítima está condicionada ao requerimento e concessão de prévia autorização judicial, o que não se observou no caso em tela.

Inconteste, portanto, que: (i) a permissão concedida à Receita Federal do Brasil para acessar e utilizar informações bancárias do contribuinte restringe-se à seara administrativa, no âmbito do procedimento fiscal; e (ii) o conteúdo do processo administrativo fiscal não retira do órgão ministerial o ônus de requerer autorização judicial para quebra do sigilo bancário do investigado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabilizou-se nesse exato sentido: a possibilidade de quebra de sigilo bancário diretamente pela autoridade fiscal restringe-se à constituição do crédito tributário, de modo que não se estende para a ação penal, em relação à qual é necessária prévia autorização judicial. Seguem alguns julgados:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AÇÃO PENAL DEFLAGRADA COM BASE EM DADOS DECORRENTES DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO REALIZADA DIRETAMENTE POR AUDITOR FISCAL. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA PARA FINS PENAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. PROVIMENTO DO RECLAMO.
>
> I. A I' Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento do REsp 1.134.655/SP, submetido ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, consolidou o entendimento de que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário é autorizada pela Lei 8.021/1990 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais cuja aplicação é imediata.
>
> 2. Contudo, conquanto atualmente este Sodalício admita a quebra de sigilo bancário diretamente pela autoridade fiscal para fins de constituição do crédito tributário, o certo é que tal entendimento não se estende à utilização de tais dados para que seja deflagrada ação penal, por força do artigo 5° da Constituição Federal, e nos termos do artigo 1°, § C da Lei Complementar 105/2001.
>
> 3. No caso dos autos, de acordo com o termo de conclusão de fiscalização, a ação fiscal foi iniciada por meio de cruzamento dos valores das saídas declaradas no livro eletrônico fiscal, escrituradas pelo contribuinte, com os decorrentes das vendas com cartões Visa, Master e Amex, informados diretamente pelas respectivas administradoras, tendo os referidos dados sido, então, utilizados para a instauração de inquérito policial e posterior deflagração de ação penal contra o recorrente, o que, como visto, não é admitido pelo ordenamento jurídico pátrio, estando-se diante de prova ilícita, o que revela o constrangimento ilegal a que está sendo submetido.
>
> 4. Recurso provido para determinar o trancamento do processo criminal em apreço, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia com base em outras provas.
>
> (RHC 52.067/DF, Quinta Turma, v.u., Rel. Ministro Jorge Mussi, j. 16.12.2014, DJe 03.02.2015; destaquei)
>
> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES.

MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DIRETAMENTE PELA RECEITA FEDERAL. POSSIBILIDADE RECONHECIDA PELA PRIMEIRA SEÇÃO DESTE SODALÍCIO, NO ÂMBITO DO PROCEDIMENTO FISCAL. UTILIZAÇÃO DOS DADOS SIGILO SOS PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE SEM PRÉVIO CONSENTIMENTO JUDICIAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da primeira turma do Supremo Tribunal Federal, e em absoluta consonância com os princípios constitucionais - notadamente o do devido processo legal, da celeridade e economia processual e da razoável duração do processo -, reformulou a admissibilidade da impetração originária de habeas coreus, a fim de que não mais seja conhecido o writ substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de oficio, nos feitos em andamento.

2. A Primeira Seção desta Corte Superior, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. ° 1.134.665/SP, firmou o entendimento de que, a teor do art. 1°, § 3°, inciso VI, c/c o art. 5°, capta;
da Lei Complementar n.° 105/2001, c. c. art. 11, §Ç 2.° e 3.°, da Lei 9.311/1996, é lícito que o Fisco receba informações sobre a movimentação bancária dos contribuintes sem a necessidade de prévia autorização judicial, desde que seja resguardado o sigilo das informações. As referidas regras, ainda, facultam ao órgão o uso dos dados 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.

3. Não cabe a esta Quinta Turma, por questão de competência, revisar o referido julgado. Não obstante, há outro motivo que determina a atuação ex oficio deste Sodalício.

4. Com efeito, a legalidade das informaçãá bancárias recebidas pelo Fisco sem prévio pronunciamento judicial nada diz, em princípio, sobre a legalidade de esses dados serem utilizados como supedâneo de uma ação penal, pois os dispositivos pertinentes da Lei Complementar n.° 105/2001 e da Lei 9.311/1996 delimitam de forma clara e precisa que, sob o influxo do art. 145, §1.°, da Constituição da República, a permissão concedida à receita Federal do Brasil restringe-se ao estrito âmbito do procedimento fiscal.

5. A intervenção penal constitui incursão qualificada em direitos individuais protegidos no art. 5. °, incisos X e XII, da Constituição da República. Por explícito mandamento constitucional, a quebra de sigilo bancário ou fiscal de pessoa física ou jurídica não pode ser realizada à revelia da atuação do Poder Judiciário para fins de investigação criminal ou para subsidiam a opinio defleti do Purguei, sendo nitidamente ilícitas,

no caso, as provas remetidas pela receita Federal do Brasil diretamente ao Ministério Público, com posterior oferecimento de denúncia.
6 "Não cabe à receita Federal, órgão interessado no processo administrativo tributário e sem competência constitucional especifica, fornecer dados obtidos mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização do juízo criminal, para fins penais" (HC 258.460/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 18/08/2014).
7. Habeas-corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de oficio, para reconhecer a nulidade da prova utilizada pelo Ministério Público para respaldar a denúncia e, subsequentemente, anular ab initio o processo penal, ressalvada a possibilidade de nova demanda ser proposta após a devida autorização judicial. (HC 243.034/SP, Quinta Turma, v. u., Rel. Ministra Laurita Vaz. j. 26.08.2014, DJe 02.09.2014; destaquei)

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 consequente 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 conto 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 ti. 105, artigo 6, que é possível o acesso a essas informações bancárias pela autoridade fazendária, sem autorização judicial, não há conto isso ser possível para fins de investigação no processo criminal, pela previsão constitucional expressa a respeito.
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 3" Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Sorocaba/SP)." (RHC 34.952/SP, Sexta Turma, v. u., Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, j. 04.09.2014, DJe 15.09.2014; destaquei)

[...]

É certo que a constitucionalidade do art. 6° da Lei Complementar n° 105/2001 foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no RE

> **601.314/SP (Rel. Min. Edson Fachin).** O acórdão foi publicado no DJe-198 DIVULG 15.9.2016 PUBLIC 16.9.2016, tendo ocorrido o trânsito em julgado no dia 11 de outubro de 2016, conforme informação constante no sítio eletrônico (cite) do STF.
> No julgamento desse recurso extraordinário foi fixada a seguinte tese, na sistemática de repercussão geral:
>
> > O art. 6° da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do principio .da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.
>
> **Pode-se afirmar, a partir desse julgado, que a quebra de sigilo bancário pela Receita Federal, para fins de constituição de crédito tributário, feita com base no art. 6° da Lei Complementar n° 105/2001, é lidita. Todavia, a questão que remanesce é se os dados bancários licitamente obtidos pela Receita Federal podem ser compartilhados com o Ministério Público Federal para fins de persecução penal,** tendo em vista o disposto no art. 83 da Lei n° 9.430/1996 (com a redação dada pela Lei n° 12.350/2010), que transcrevo:
>
> > Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1° e 2° da Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.
>
> **Após a leitura dos julgados do STF, entendo que a resposta ainda é negativa.**
> [...]
>
> **Por essa razão, entendo que ainda prevalece a jurisprudência do STJ no sentido de que a autorização legal para a quebra do sigilo bancário do contribuinte restringe-se à constituição do crédito tributário, não se estendendo à ação penal eventualmente decorrente, para a qual é necessária prévia autorização judicial (reserva da jurisdição).**
> Considerando, então, que a denúncia oferecida na origem foi calcada nas conclusões da autoridade fazendária a partir de informações acerca de movimentações bancárias obtidas diretamente com operadores de cartão de crédito, sem autorização judicial para a quebra do sigilo bancário, os dados bancários que embasam o processo administrativo fiscal constituem, para fins penais, provas ilícitas.
> Diante disso, a ordem deve ser concedida, com a declaração de nulidade absoluta da ação penal de origem, ab initio, pois a denúncia fundamentou-se em elementos probatórios ilícitos, obtidos por meio da quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial.

Como se vê, o acórdão impugnado concluiu pela ilicitude das provas colacionadas à denúncia, tendo em vista que *a possibilidade de quebra de*

sigilo bancário diretamente pela autoridade fiscal restringe-se à constituição do crédito tributário, de modo que não se estende para a ação penal, em relação à qual é necessária prévia autorização judicial.

De fato, esta Corte Superior entendia que o compartilhamento de informações obtidas pela Secretaria da Receita Federal poderia ser usado em processos penais, desde que não evolvessem dados sigilosos. E, o órgão fiscal poderia obter dados sigilosos sem prévia autorização judicial, desde que resguarde o sigilo das informações, utilizando esses dados apenas 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. Nesse sentido: REsp 1497041/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 9/12/2015; HC 258.460/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 18/08/2014; HC 243.034/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/8/2014, DJe 2/9/2014; AgRg no REsp 1584813/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2016, DJe 1/6/2016.

O que não se admitia, portanto, era que os dados sigilosos obtidos diretamente pela Receita Federal fossem repassados ao Ministério Público para uso em ação penal ou inquérito policial, pois não precedida de autorização judicial. Nesse sentido: RHC 34.952/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/9/2014, DJe 15/9/2014; HC 258.460/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 5/8/2014, DJe 18/8/2014.

Contudo, *assentada a imperiosa necessidade de alinhamento da jurisprudência dos tribunais nacionais a fim de preservar a segurança jurídica, bem como afastar a excessiva litigiosidade na sociedade e a morosidade da Justiça*, a Sexta Turma, em autos do HC 422.473/SP, da relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, sinalizou mudança de entendimento a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *de que é possível a utilização de dados obtidos pela Secretaria da Receita Federal, em regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal*.

O raciocínio empregado foi o de que *não há falar em ilicitude das provas que embasam a denúncia contra os pacientes, porquanto, assim como o sigilo é transferido, sem autorização judicial, da instituição financeira ao Fisco e deste à Advocacia-Geral da União, para cobrança do crédito*

tributário, também o é ao Ministério Público, sempre que, no curso de ação fiscal de que resulte lavratura de auto de infração de exigência de crédito de tributos e contribuições, se constate fato que configure, em tese, crime contra a ordem tributária.

Assim, reconhecida por esta Corte a possibilidade de utilização penal de dados sigilosos, obtidos diretamente pela Receita Federal, sem prévia autorização judicial, deve ser reformado o acórdão do Tribunal de origem.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, no sentido de reformar o acórdão impugnado para, afastada a nulidade pela ilicitude da prova, determinar o regular prosseguimento da ação penal.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator