

**RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 99.411 - RJ (2018/0144819-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**RECORRENTE** : L H P B  
**ADVOGADOS** : PAULO FREITAS RIBEIRO E OUTRO(S) - RJ066655  
VITOR AUGUSTO CUNHALIMA BUZELIN - RJ201119  
JULIA LAVIGNE RIBEIRO - RJ215047  
**RECORRIDO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

**(Relator):**

Trata-se de recurso ordinário interposto por L H P B contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (relator o Desembargador Paulo Espírito Santo – HC n. 0002294-37.2017.4.02.0000).

Depreende-se dos autos que o recorrente, auditor fiscal da Receita Federal do Brasil, e outras dezoito pessoas foram denunciados pela suposta prática da conduta prevista no art. 3º, inciso III, da Lei n. 8.137/1990, por duas vezes.

De acordo com a denúncia, o recorrente, em coautoria com outro auditor fiscal da Receita Federal do Brasil, favoreceu uma dada pessoa jurídica, ao lançar auto de infração no valor de R\$ 220.937,79 (duzentos e vinte mil, novecentos e trinta e sete reais e setenta e nove centavos), em desfavor da referida pessoa jurídica, valor esse inferior ao que seria devido – R\$ 961.108,38 (novecentos e sessenta e um mil, cento e oito reais e trinta e oito centavos). Além disso, o recorrente teria favorecido outra pessoa jurídica, agindo com infração de seu dever funcional, ao lavrar auto de infração na ordem de R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais), desconsiderando a inclusão de diversas espécies tributárias no cômputo final.

Na análise da resposta à acusação, o recorrente foi absolvido sumariamente, na forma do art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

Contra essa decisão insurgiu-se o Ministério Público.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria, deu provimento

# Superior Tribunal de Justiça

ao recurso, determinando o prosseguimento da ação penal.

Buscando a declaração da nulidade das interceptações telefônicas autorizadas em desfavor do recorrente, bem como da medida cautelar de busca e apreensão e da decisão que autorizou o compartilhamento do acervo probatório com a Secretaria da Receita Federal, impetrou a defesa *habeas corpus*.

Os desembargadores integrantes da Primeira Turma Especializada concederam em parte a ordem para que o conteúdo das interceptações telefônicas não fosse compartilhado com a Secretaria da Receita Federal.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta a defesa a nulidade das medidas cautelares de interceptação telefônica e de busca e apreensão, porquanto decretadas em desacordo com os dispositivos legais pertinentes.

Destaca que a primeira decisão que decretou a quebra do sigilo telefônico não apresentou fundamentação idônea, pois não foi demonstrada a imprescindibilidade da medida, bem como os indícios suficientes de autoria e de materialidade dos crimes.

Reverbera, ainda, que as sucessivas prorrogações da referida medida cautelar "são ainda mais carentes de fundamentação idônea, tendo em vista que não se preocuparam em aferir a contemporânea necessidade da medida, além de terem deixado também de apontar para indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, antes se limitando a fazer remissão ou a transcrever as fundamentações das decisões pretéritas" (e-STJ fl. 1.095).

Também sublinha que os policiais responsáveis pelas interceptações telefônicas extrapolaram o prazo de quinze dias, "sendo certo que alguns diálogos telefônicos captados fora do prazo legal tiveram um papel decisivo para o prosseguimento das investigações" (e-STJ fl. 1.095).

Pondera, outrossim, que os elementos obtidos durante a busca e apreensão igualmente não poderiam ser compartilhados com a Receita Federal.

Diante dessas considerações, pede, em tema liminar, o sobrestamento da ação penal originária até o julgamento definitivo do presente recurso. No mérito,

busca seja declarada a nulidade das medidas cautelares de interceptação telefônica e de busca e apreensão.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 1.193/1.195).

Ouvido, o representante do Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 1.206/1.211).

É o relatório.

**RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 99.411 - RJ (2018/0144819-7)**

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**(Relator):**

Busca a defesa, vimos do relatório, seja declarada a nulidade do processo instaurado em desfavor do recorrente, pois baseado em provas ilícitas.

Sabemos todos que o Estado está sempre condicionado pela Constituição Federal e pelas leis, impondo-se ao operador do direito uma hermenêutica de máxima efetividade dos direitos fundamentais. Desse modo, compete a todos, notadamente ao Estado, o dever de efetivar a proteção da intimidade e vida privada do cidadão. Porém, como na ordem constitucional pátria não existem direitos absolutos, que possam ser exercidos em quaisquer circunstâncias, no caso concreto, diante de situações de embate entre titulares de diferentes direitos, caberá ao legislador estabelecer soluções para cada conflito, buscando sempre o equilíbrio entre a preservação da liberdade do cidadão e da segurança social. Nesse tear, o Superior Tribunal de Justiça permite seja afastado o sigilo das comunicações telefônicas, porém de modo excepcional e desde que estritamente observados os parâmetros estabelecidos pela Lei n. 9.296/1996.

Com efeito, a interceptação telefônica está condicionada à prévia autorização judicial, nas situações e na forma estabelecidas em lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. É cautelar a natureza do

provimento que autoriza a interceptação telefônica, pois busca evitar que a situação existente ao tempo do delito se altere durante as investigações ou a tramitação do processo principal. Noutras palavras, a medida tem o escopo de conservar, para fins exclusivamente processuais, o conteúdo de uma comunicação telefônica. Esse o quadro, a determinação de interceptação telefônica está condicionada à presença de elementos concretos acerca da existência do crime, bastantes a justificar o sacrifício do direito à intimidade. Além disso, deve ficar evidenciado o risco que a não efetivação imediata da medida poderá acarretar à persecução penal. No tocante à autoria, outrossim, não se exige que o magistrado tenha certeza, bastando a presença de elementos informativos que permitam afirmar, no momento da decisão, a existência de indícios suficientes, noutro falar, de probabilidade de autoria.

Pois bem.

No caso que ora se encontra sob nossos cuidados, a autoridade policial requereu o afastamento do sigilo dos dados cadastrais de linhas telefônicas utilizadas por vinte e duas pessoas tendo em vista estes motivos (e-STJ fls. 601/605):

*2. Trata-se de inquérito policial, instaurado por portaria (fl. 02), em face de requisição do Ministério Público Federal (fls. 03/05), haja vista a possível existência de um esquema de corrupção na Delegacia da Receita Federal do Brasil em Niterói/RJ (DRF Niterói), onde, em tese, vislumbrar-se-ia a ocorrência dos crimes tipificados nos arts. 317, § 1º e 333, parágrafo único, ambos do Código Penal;*

*3. Os indícios vieram à luz em procedimento investigatório criminal instaurado no âmbito da 2ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal de Campos dos Goytacazes/RJ;*

*4. Conforme reportagem jornalística (fls. 59/60), o Ministério Público Estadual iniciou investigações com o recebimento de notícia crime, ofertada por [A. D.] e [C. L. D.], sócios da [...], com sede em Campos dos Goytacazes/RJ. Tal procedimento teria por escopo recolher provas sobre uma suposta falsificação de produtos da [...], engendrada por [H. C. DE C.];*

*5. Por intermédio de buscas em imóveis de [H.], realizadas em 12/05/2011, em cumprimento a mandado judicial exarado nos autos do processo nº 0015158-68.2011.8.19.014 - 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo dos Goytacazes/RJ, apreendeu-se material merecedor de análise mais apurada. Destaca-se a apreensão de parecer, solicitado por [H.], com o desiderato de "blindagem de bens" (fls. 12/14).*

6. Outrossim, não se pode passar despercebida a anotação em agenda pessoal onde é encontrada menção a 'Fechei c/ Ricardo da RF por 5 x 15.000 = 75.000 e 1ª em 27/12' (fl. 36), e, ainda, se observa o registro 'OK - Paguei a 1ª de 15K do Ricardo da RF (Paguei em 29/12)'. Aparentando ligação com os manuscritos, foram apreendidas cópias de rateios de despesas (fls. 38/42), referentes à sociedade MAYARA COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA, onde são observados lançamentos a título de Gratificação Fiscal sob a rubrica 'FISCAL PROC MJ'.

7. Segundo o noticiante [C. L. D.] (fls. 48/49 e 51/52), o suposto infrator [H.] estaria tentando 'blindar' os bens, haja vista ações fiscais, com alcance de valores na ordem de milhões de reais, em desfavor de empresas controladas de fato por este;

8. Destarte, o Ministério Público Estadual remeteu tais informações ao Parquet Federal para continuidade das investigações dando azo ao Procedimento Investigatório Criminal - PIC nº 1.30.005.000025/2012-11;

9. Diante dos fatos, o Escritório de Corregedoria na 7ª Região Fiscal - RFB deu início a um Processo Administrativo de Sindicância Disciplinar (Processo nº 10768.002819/2011 -54) em face de [R. C. R.], lotado na Equipe de Fiscalização nº 03 do Serviço de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Niterói, identificado como sendo o 'Ricardo da RF'. Ressalta-se que [R.] era responsável por ação fiscal (MPF nº 0710200/00516/2010) em sociedade (MJ LAGOS DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA) ligada a [H.];

10. Paralelamente, instaurou-se um Processo de Sindicância Investigativa (processo administrativo nº 10768.000291/2012-60), com o escopo de se apurar a existência de um esquema de corrupção sistêmico na DRF Niterói. Nos autos deste processo, observa-se o Relatório Reservado, que se encontra às fls. 65/104;

11. Foram investigados Auditores Fiscais, lotadas na DRF Niterói, que participaram de fiscalizações a sociedades ligadas ao Grupo Econômico controlado por [H. C. DE C.]. Não seria demais trazer à lembrança que esta delegacia da RFB é responsável pela fiscalização de diversas empresas de grande porte e pela arrecadação de bilhões de reais anualmente;

12. Ainda, **deve-se salientar que os auditores apresentaram patrimônio a descoberto, não se levando em conta diversos gastos importantes como IPTU, IPVA, ITBI, alimentação, vestuário, transporte, lazer, dentre outros. Em se incluindo estes demais gastos, a situação se apresentaria ainda mais desfavorável quanto à possibilidade de enriquecimento ilícito. Apontaram-se graves suspeitas em face de:**

[...]

13. Destaca-se o exposto no último parágrafo do citado relatório (fl. 104): 'Do exposto, considerando-se os indícios de ilícitos administrativos e penais que podem estar ocorrendo neste momento no Serviço de Fiscalização da DRF/Niterói, bem como as limitações legais a que se sujeita a Corregedoria da RFB no que tange aos poderes investigativos, mister se faz o encaminhamento ao Ministério Público Federal de notícia imediata dos supostos ilícitos ora em curso, para providências de sua alçada'.

Com o recebimento dos dados cadastrais, a autoridade policial representou pela interceptação telefônica do recorrente e de outros auditores fiscais.

Eis os fundamentos do pedido (e-STJ fls. 607/612):

2. O resumo dos fatos foi exposto por esta autoridade policial (fls. 01/06) quando de pedido de afastamento do sigilo de cadastros telefônicos em face dos investigados;

3. Perseguindo-se o pragmatismo, intimamente ligado ao princípio da eficiência, não se farão nesta peça repetições desnecessárias, mesmo porque, a presente pode ser encarada como extensão da representação de fls. 01/06;

4. Outrossim, o teor desta investigação também foi submetido à consideração do Ministério Público Federal (fls. 07/10), onde se ressalta a lúcida assertiva acerca da necessidade de afastamento do sigilo telefônico;

5. Ainda, observa-se escorreita análise deste Juízo, às fls. 11/32;

6. Por fim, não se deve passar despercebido o robusto relatório (fls. 65/104 - autos principais) do Escritório de Corregedoria na 7ª Região Fiscal;

7. Ressalta-se que esta autoridade policial nunca teve a oportunidade de iniciar uma investigação com indícios tão substanciais quanto à autoria e materialidade, no que tange aos graves crimes em tela;

8. Resta-se importante esclarecer que a pesquisa das operadoras de telefonia, envolvendo cadastros, referente a 22 (vinte e dois) alvos, restou positiva apenas para 8 (oito). Destarte, levantam-se suspeitas sobre o fato de alguns destes estarem utilizando terminais cadastrados em nome de pessoas jurídicas ou de laranjas;

9. Como não figurara em cadastro de nenhuma operadora de telefonia, no capítulo seguinte pede-se o afastamento do sigilo de cadastro telefônico das empresas ligadas a [R. DE C. M. V.] (fls. 91/94 - autos principais), sendo estas: GST EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA, CNPJ 02.164.095/0001-04 e LEMAN

# *Superior Tribunal de Justiça*

CONSULTORIA E GESTÃO EMPRESARIAL LTD SOC, CNPJ 06.028.551/0001-40;

10. Como estratégia a ser traçada nesta investigação, pretende-se o monitoramento inicial de alguns alvos para que seja traçado o modus operandi empreendido;

11. Destarte, adiante solicita-se o afastamento do sigilo das comunicações telefônicas dos auditores fiscais: A. C. M. P. (fls. 13/14), J. DE A. V. P. (fls. 18/19), **L. H. P. B.** (fls. 15/17) e de P. DE P. A. (sócia do auditor fiscal [N. R. DE A.] - fls. 19/22) e R. R. R. J. (sócio da esposa do auditor fiscal [J. A. DE B.] - fls. 26/27);

Em 22 de junho de 2012, a representação policial foi acolhida pelo Magistrado singular, que reputou presentes os requisitos legais necessários ao deferimento do pleito. Senão, vejamos (e-STJ fls. 244/600):

*Trata-se de representação de afastamento de sigilo telefônico formulada no bojo de inquérito policial instaurado para apurar, em tese, a possível prática dos crimes previstos nos artigos 317, § 1º e 333 parágrafo único, ambos do Código Penal.*

*Inicialmente, o procedimento investigatório da Procuradoria da República em Niterói que deu ensejo ao inquérito 0271/2012 foi iniciado a partir de peças de informação que noticiavam o suposto pagamento de propina no montante de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) efetivado pelo empresário [H. C. DE C.] em favor de AFRFB identificado apenas como "[R.]". Após a solicitação pela Procuradoria da República de maiores esclarecimentos à Receita Federal do Brasil (RFB), esta, através do Escritório da Corregedoria na 7ª Região Fiscal (ESCOR07), encaminhou relatório informando que se tratava do AFRFB [R. C. R.], então responsável por fiscalizar a MJ LAGOS DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA, uma das diversas sociedades controladas pelo referido empresário.*

*Como salientado pelo Procurador da República, em ofício endereçado ao Delegado-Chefe da Delegacia de Polícia Federal em Niterói, requisitando a instauração de inquérito, restaram, também enumerados "indícios contundentes de que outros AFRFBs teriam sido cooptados por [H. C. DE C.]. Relata ainda o ilustre presentante do "Parquet", que o ESCORC17 levantou dados de fiscalizações em sociedades ligados a [H. C. C.], bem como investigou as declarações de bens dos AFRFBs, de alguma forma, responsáveis por esses trabalhos, obtendo êxito em identificar situações aparentemente incompatíveis com a lisura que deve pautar o serviço público.*

*Analizando o minucioso relatório elaborado pelo ESCOR07 nos autos da inquisição, verifica-se que:*

1) há reiterados indícios de favorecimento ilegal em fiscalizações de sociedades do grupo econômico de [H. C. C.], principalmente em relação à MINDOURO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA e à MJ LAGOS DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. (fls. 67/73 do IPL). Note-se que a MINDOURO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA teve fiscalização encerrada sem resultado em 13/09/2010, realizada pelo AFRFB [A. C. M. DE P.]. O relatório informa que em consulta à movimentação bancária da empresa no Sistema DCPMF (Declaração de Não-Incidência da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira), foi constatado que, no período objeto desta fiscalização (07/2005 a 12/2007), a empresa movimentou cerca de R\$ 120.000.000,00 (cento e vinte milhões de reais), valor incompatível com as receitas declaradas pela empresa à RFB.

A empresa MJ LAGOS DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA (alvo da principal denúncia de corrupção) está sob fiscalização desde 17/08/2010. Inicialmente, a ação fiscal estava sob a responsabilidade do auditor fiscal [R. C. R.], com a supervisão do auditor fiscal [L. C. G. J.]. Posteriormente, em 15/03/2011, o auditor fiscal [N. R. de A.] passou a supervisionar o auditor [R. C. R.]. Em 27/09/2011, o auditor fiscal [R. C. R.] foi substituído pelos auditores [J. de A. V. P.], [N. R. de A.] e [B. R. R. B.], sendo que o auditor [B.] foi excluído em 05/10/2011. Esta ação fiscal encontra-se, atualmente, sob a supervisão do auditor [R. de C. M. V.], não tendo sido concluída até a presente data.

2) Foram detectadas significativas variações patrimoniais a descoberto e subavaliação de bens de AFRFBs envolvidos nas fiscalizações mencionadas no relatório, quais sejam:

[...]

**b) L. H. P. B., atuou como supervisor da fiscalização na empresa MINDOURO COMERCIAL E ALIMENTOS LTDA.**

**A análise patrimonial do servidor, quando realizada individualmente, indica variação patrimonial a descoberto nos anos calendários 2004, 2005, 2007 e 2010, havendo indícios de eventual subvalorização de alguns de seus bens, evidenciada pela alteração do valor histórico da coluna de bens de um ano para o outro, sem justificativa aparente.** Soa estranho que o valor total de bens em 31/12/2009 na DIRPF do exercício de 2010 tenha sido declarado como R\$ 944.487,07 (novecentos e quarenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e sete centavos). Enquanto que na DIRPF de 2011 o valor total de bens em 31/12/2009 declarado foi de R\$ 1.078.306,75 (um milhão, setenta e oito mil, trezentos e seis reais e setenta e cinco centavos).

Cabe, ainda, acrescentar que o investigado informou em sua DIRPF do ano-calendário 2010 que um de seus dependentes, [P. H. L. B.] - seu filho - é possuidor de 20% das quotas do capital da



empresa Comendador & Bar e Restaurante Ltda, totalizando o montante de 40.000,00 (quarenta mil reais). Ainda quanto a este item, vale transcrever parte do relatório (fl. 77/78 do IPL):

"As investigações indicam que a empresa supra se refere, de acordo com seu endereço, na verdade, ao restaurante Tenore Gourmet, luxuoso e conhecido restaurante, localizado de frente para a praia de Icarai, em um dos pontos mais nobres da cidade de Niterói. O aludido empreendimento se situa no mesmo local onde funcionava o restaurante da rede La Mole, sendo que seu respectivo ponto comercial sofreu consideráveis obras de reestruturação e modernização, conforme fotos extraídas da rede mundial de computadores (internet). Assim, em tese, os investimentos realizados, associados à qualidade e ao valor do fundo de comércio supramencionado, **são indícios de incompatibilidade entre o empreendimento existente e o montante do capital social declarado pela empresa Comendador& Bar e Restaurante Ltda, qual seja, R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais)**. Tal fato sinaliza possível utilização de recursos não declarados às autoridades tributárias."

Ainda neste sentido, causa estranheza o servidor ter informado aquisição de **casa na praia de Geribá, no município de Armação dos Búzios, pelo valor ínfimo de R\$ 170.000,00** (cento e setenta mil reais).

No ano calendário de 2010, o investigado comprou outra casa no município de Búzios, denominada unidade 6ª, da Rua Campo do Pouso, pelo valor de R\$ 665.078,00 (seiscentos e sessenta e cinco mil e setenta e oito reais), segundo a Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias (Dimob). Ocorre que esta unidade imobiliária corresponde a um empreendimento da construtora Soter, cujas **imagens publicitárias da época apresentadas às fls. 79/80, mostram que a referida unidade estava sendo alienada pelo valor de R\$ 930.000,00 (novecentos e trinta mil reais)**. No entanto a Dimob informa que o investigado pagou apenas R\$ 187.000,00 (cento e oitenta e sete mil reais), ou seja, um valor bem inferior ao preço de mercado.

A Dimob também revela que o investigado adquiriu, parceladamente, outros **dois imóveis no ano-calendário 2011, tendo sido pagos R\$ 181.946,73** (cento e oitenta e um mil, novecentos e quarenta e seis reais e setenta e três centavos) no mesmo ano (fls. 80 do IPL).

[...]

O MPF manifestou-se favoravelmente às fls. 07/10 pelo integral deferimento da representação.

A Constituição da República em seu artigo 5º, inciso XII prescreve também a inviolabilidade das comunicações telefônicas, ressalvando, entretanto, a possibilidade da mesma ser violada

*mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para investigação criminal ou instrução do processo penal.*

*Vislumbro, no presente caso, o fumus boni juris e o periculum in mora, vez que os crimes investigados são gravíssimos, havendo indícios de enriquecimento ilícito, pois lesam o Erário e manchem a honorabilidade e credibilidade de todo funcionalismo público. Atenta, ainda contra o poder estatal, havendo, portanto, necessidade de se descobrir, com urgência, como ocorre a dinâmica desses crimes. Ademais, também estão presentes os requisitos previstos no art. 2º, da Lei n. 9.296/96 (a contrario sensu). Nesse sentido, é a posição do nosso tribunal, transcrita por Ada Pelegrini Grinover.*

O colegiado regional, ao apreciar o tema, assim se pronunciou (e-STJ fls. 952/954):

*Na hipótese, as decisões que decretaram o afastamento do sigilo telefônico do paciente foram proferidas nas seguintes datas: 23/08/2012, 28/11/2012, 19/12/2012, 16/01/2013, 05/03/2013, 08/04/2013, 03/05/2013, 22/10/2013, 25/11/2013, 19/12/2013, 27/01/2014, 19/03/2014, 30/04/2014, 01/07/2014, 08/09/2014, 20/10/2014, 11/11/2014.*

*Pela leitura das mesmas, verifica-se que a medida constritiva se encontra devidamente fundamentada. Como se vê às fls. 267/271, sobre a necessidade e fundamentação para autorização da quebra de sigilo e monitoramento, o magistrado reportou-se à decisão de fls. 11/33 dos autos originais, proceder que não gera qualquer nulidade, já que, por economia processual, devem ser evitadas as repetições desnecessárias.*

*Além disso, o magistrado faz menção expressa ao fumus boni iuris ao periculum in mora e ao relato pormenorizado da Autoridade Policial, para enfatizar a necessidade da medida excepcional, o que fragiliza ainda mais a tese defensiva de ausência de fundamentação.*

*O mesmo se diga das prorrogações das interceptações, eis que decisão com fundamentação idêntica não significa ausência de fundamentação. Ora se o magistrado considera que há indícios de autoria e prova da materialidade delitiva por força do que foi narrado no Relatório da Receita Federal e na denúncia, tal conclusão permanecerá hígida se não sobrevier nenhum fato que a ilida.*

*Diferente do que faz crer a defesa, as prorrogações não se limitaram simplesmente a reproduzir texto anterior.*

*Como se vê, as respectivas decisões são sempre precedidas do*

# *Superior Tribunal de Justiça*

resultado do monitoramento anterior, cujo teor traz sempre um elemento novo que impõe a necessidade de continuação da medida para melhor e mais profunda elucidação dos fatos.

Por outro lado, a alegação de que algumas interceptações são ilícitas porque realizadas fora os 15 dias judicialmente autorizados, também não merece prosperar, uma vez que o argumento está lastreado apenas em laudo confeccionado por perito particular, não constando nos autos informações de órgãos oficiais acerca dos dias exatos de início e fim do monitoramento.

Com relação à busca e apreensão, constato, que a decisão encontra-se suficientemente fundamentada. O magistrado, ao deferir a medida, mencionou que os indícios de autoria e materialidade delitivas que deram ensejo à instauração do Inquérito Policial surgiram em procedimento investigatório criminal iniciado no âmbito da 2ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal de Campos dos Goytacazes/RJ, tendo esclarecido que naquele procedimento restou apurado o envolvimento de servidores da Receita Federal do Brasil na concessão de benefícios fiscais a sociedades empresárias, mediante pagamento.

O magistrado afirmou também que 'a denúncia narra com clareza a suposta conduta praticada por cada denunciado, o que autoriza o deferimento da medida de busca e apreensão em relação aos denunciados'. De acordo com o juiz, a explanação contida na inicial acusatória foi suficiente para lhe convencer da existência de indícios de autoria e da prova da materialidade delitiva, não existindo qualquer ilegalidade nisso, já que é pela leitura da peça inaugural que se conclui sobre a presença ou ausência daqueles requisitos.

A necessidade de complementar as investigações também configura fundamento idôneo para o deferimento da medida, sobretudo quando há indícios de ligação de pessoas investigadas com aquelas que já foram denunciadas, como ocorreu na espécie, já que Pedro Henrique Lamy Basílio, filho do paciente não denunciado, é detentor de 20% da empresa COMENDADOR 8 BAR E RESTAURANTE LTDA e há suspeita de que este estabelecimento tenha sido reformado com recursos não declarados às autoridades tributárias.

Portanto, ao contrário do que afirma a defesa, verifica-se claramente que a medida constritiva em referência não está fulcrada exclusivamente nas interceptações telefônicas e ainda que estivessem, como não se verificou nesta via estreita a nulidade das mesmas, não há que se falar em prova ilícita por derivação.

Esse o quadro, antecipo a procedência do pedido formulado na inicial do presente recurso ordinário.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Deu-se no caso o seguinte: o inquérito policial foi instaurado em 24 de abril de 2012. Em 31 de maio de 2012, a autoridade policial requereu o afastamento do sigilo dos dados cadastrais de linhas telefônicas utilizadas por vinte e duas pessoas. Em 22 de junho de 2012, o Magistrado singular autorizou a medida, optando por fazer mera referência à representação policial. Com o recebimento dos dados cadastrais, a autoridade policial representou pela interceptação telefônica do recorrente e de outros auditores fiscais. No dia 23 de agosto de 2012, o Magistrado singular determinou o monitoramento eletrônico.

Entretanto, como vimos das transcrições acima, o Juízo da 4ª Vara Federal de Niterói não demonstrou a imprescindibilidade da medida excepcional para as investigações, limitando-se a fazer referência à representação policial. Não assinalou a necessidade da captação tendo em vista a inexistência de outros meios disponíveis à produção da prova. Na minha compreensão, o monitoramento eletrônico foi autorizado a partir de um juízo de conveniência, e não de necessidade, situação de manifesto desrespeito ao disposto nos arts. 2º, inciso II, e 5º, da Lei n. 9.296/1996. Ora, "a exigência de motivação das decisões judiciais traz em si a obrigatoriedade ética da comprovação dos dados que eventualmente sustentam determinado provimento, porquanto, no processo dialético-democrático não é crível imaginar que ao juiz seja conferido o poder de decidir por meio de situações ocultas, não verificadas nos autos ou somente apuráveis nas entrelinhas da investigação" (HC n. 137.349/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 5/4/2011, DJe 30/5/2011).

Para cimentar esse ponto de vista, colaciono este precedente:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. NOVO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ. CRIME DE DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. TESE DE NULIDADE POR DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. OCORRÊNCIA. QUEBRA DE SIGILO QUE SE AMPARA EM FUNDAMENTOS GENÉRICOS E QUE NÃO DEMONSTRA A IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA. DESOBEDIÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS ESTABELECIDOS NA LEI N. 9.296/1996. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.*

[...]

2. *A interceptação telefônica é instrumento excepcional e subsidiário à persecução penal, cuja decisão autorizadora deve observar rigorosamente o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal e na Lei n. 9.296/1996.*

**3. A decretação da medida cautelar de interceptação não atendeu aos pressupostos e fundamentos de cautelaridade, visto que, não obstante os crimes investigados serem punidos com reclusão e haver investigação formalmente instaurada, descuroou-se da demonstração da necessidade da medida extrema e da dificuldade para a sua apuração por outros meios, carecendo, portanto, do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*.**

**4. Havendo o Juízo de primeiro grau deferido a gravosa medida unicamente em razão do "esclarecimento dos fatos", de o "crime investigado ser punido com pena de reclusão" e de "haver indícios de autoria que mereçam ser investigados", porém sem demonstrar, diante de elementos concretos, qual seria o nexo dessas circunstâncias com a impossibilidade de colheita de provas por outros meios, mostra-se inviável o reconhecimento de sua legalidade. A mera menção genérica de tais elementos não satisfaz a indispensável fundamentação acerca da necessidade da providência, que quebra a regra do sigilo, visto que, se assim o fosse, toda e qualquer investigação ensejaria a necessidade da medida excepcional, de modo que, em vez de exceção, tornar-se-ia regra.**

5. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para declarar a nulidade das provas obtidas mediante interceptação telefônica, nos autos da Ação Penal n. 2009.233-9, da Vara Criminal do Foro Regional de Campina Grande do Sul (comarca de Curitiba/PR), determinando-se que seja envelopado, lacrado e entregue ao acusado o material resultante da medida de monitoramento.*

(HC 150.995/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 09/12/2015, grifei.)

No presente caso, ademais, chamou-me a atenção o fato de que não apresentou a representação policial indícios mínimos de que o recorrente teria se envolvido nos crimes em apuração.

Embasou-se a representação e, em consequência, a autorização para a interceptação telefônica em relatório elaborado pela Receita Federal no âmbito de sindicância interna, instaurada para apurar supostas irregularidades nas fiscalizações

empreendidas por auditores fiscais nas empresas controladas por H. C. de C. No mencionado relatório, o Escritório da Corregedoria da Sétima Região Fiscal apreciou o patrimônio de vários auditores fiscais a partir de informações prestadas pelos próprios contribuintes à Receita Federal. Relativamente ao recorrente, assinalou a auditoria que a "análise patrimonial do servidor, quando realizada individualmente, indica variação patrimonial a descoberto nos anos-calendário 2004, 2005, 2007 e 2010. Contudo, se considerados os rendimentos de seu cônjuge, verifica-se uma sobra líquida que justificaria seu patrimônio" (e-STJ fl. 216). Diante disso, pergunto: não pressupõe o crime previsto no art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990 – tipo especial em relação ao delito previsto no art. 321 do Código Penal – que o agente, valendo-se da sua condição de funcionário público, patrocine, perante a administração fazendária, interesse alheio em processo administrativo? Foi assim que decidimos em 8 de novembro de 2018, no julgamento do REsp n. 1.770.444/DF, de minha relatoria. Noutro falar, para a autorização da medida excepcional, imperiosa seria a demonstração de indícios mínimos de que o acusado postulou interesse privado alheio, direta ou indiretamente, utilizando-se da sua condição de funcionário para influenciar os responsáveis pela análise do pleito. Isso aqui não ocorreu. Limitou-se o Magistrado singular a mencionar o teor do relatório elaborado pela Receita Federal no âmbito de sindicância interna. Este, vimos, embora tenha assinalado a presença de algumas inconsistências nas declarações de imposto de renda do recorrente, não evidenciou, nem sequer minimamente, a infração penal em desfile. Rememoro que a inviolabilidade das comunicações telefônicas é a regra. Assim, estrita deve ser a interpretação da exceção. Diante desse cenário, entendo que, na espécie, deve prevalecer o direito fundamental à intimidade, porquanto não devidamente cumprido o primeiro requisito autorizador da interceptação telefônica.

Compartilham de igual sorte as renovações do monitoramento.

Registro que foram proferidas, no total, 17 (dezesete) decisões judiciais decretando a quebra do sigilo telefônico. As interceptações das comunicações telefônicas ocorreram em períodos distintos. De saída, foram proferidas 7 (sete) decisões judiciais, determinando a interceptação das comunicações telefônicas entre o

mês de agosto de 2012 e o mês de maio de 2013. Em seguida, foram proferidas outras 10 (dez) decisões, permitindo o monitoramento entre os meses de outubro de 2013 e outubro de 2014.

É importante rememorar, acerca da matéria, o magistério de Luiz Flávio Gomes, cujos ensinamentos bem justificam a possibilidade de renovação do monitoramento desde que respeitado o princípio da proporcionalidade:

*A interceptação telefônica é medida excepcional e tem por fundamento a sua necessidade para a obtenção de uma prova. O fundamental, assim, não é tanto a duração da medida, senão a demonstração inequívoca da sua indispensabilidade. Enquanto indispensável, enquanto necessária, pode ser autorizada. A lei não limitou o número de vezes, apenas exige a evidenciação da indispensabilidade. É o prudente arbítrio do Juiz que está em jogo. Mais tecnicamente falando: é a proporcionalidade. No instante em que se perceber que a interceptação já não tem sentido, desaparece a proporcionalidade. Logo, já não pode ser renovada. E, se for, é nula. (Interceptação telefônica. Revista dos Tribunais, p. 219.)*

No mesmo caminhar, as lições de Luiz Francisco Torquato Avolio:

*É criticável a limitação, pois, desde que permaneçam os pressupostos para a concessão inicial da medida, esta poderia ser renovada perante o juiz, em períodos iguais e sucessivos, indeterminadamente, como previu o Projeto Miro Teixeira. Não é o prazo que importa, mas a correta limitação da finalidade da interceptação. Imagine-se um crime de lavagem de dinheiro, com remessa ilegal de capitais para o exterior, que pode ser praticado ao longo de meses, ou o próprio tráfico de drogas, que envolve operações sucessivas, até 'fechar' o cartel. Daí que, como também entendem Luiz Flávio Gomes e Antonio Scarance Fernandes, poderá o juiz, com base no princípio da proporcionalidade, renovar a duração da interceptação tantas vezes quantas se fizerem necessárias. (Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. Revista dos Tribunais, p. 189.)*

Entretanto, na minha compreensão, as sucessivas prorrogações do monitoramento eletrônico, na situação dos autos, não assinalaram indícios de participação do recorrente nos delitos em apuração, tampouco evidenciaram a necessidade da utilização da medida excepcional por período tão extenso. Limitou-se o Magistrado a salientar que o relatório parcial de investigação revelara a

imprescindibilidade da medida excepcional para as investigações, bem como a constatação da intenção do recorrente "em solucionar negociata envolvendo [R. C. J.]". Descreveu o Magistrado, outrossim, que com o monitoramento foi possível constatar que o recorrente "recebe mensalmente, em conta-corrente pertencente a seu filho [...] valores referentes à participação nos lucros do Restaurante Tenore Gourmert" (e-STJ fl. 281), bem assim sua participação direta na gestão do referido empreendimento (e-STJ fl. 300). Reparem que em uma das decisões de prorrogação das interceptações telefônicas, proferida em 16 de janeiro de 2013, o nome do recorrente somente foi mencionado uma única vez, precisamente no momento em que foi resumido o resultado de anterior monitoramento. Decerto, portanto, que o Magistrado singular, além de não demonstrar os indícios de autoria de crime apenado com pena de reclusão, mesmo depois de efetivada a diligência, não possuía evidências acerca da participação do recorrente nos delitos em apuração. Noutras palavras, as prorrogações das interceptações telefônicas foram autorizadas sem a presença de elemento concreto que justificasse a continuidade de tão invasiva medida cautelar.

Entre nós no Superior Tribunal de Justiça temos admitido tantas prorrogações quantas necessárias, desde que apresentada fundamentação concreta, condizente com a natureza excepcional da providência.

A propósito, confira-se este precedente:

*PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVOS EM RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DECISÃO INICIAL DE QUEBRA E PRORROGAÇÕES. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR O DEFERIMENTO DA MEDIDA EXCEPCIONAL. ILEGALIDADE RECONHECIDA. PROVIMENTO.*

**1. É exigida não só para a decisão que defere a interceptação telefônica, como também para as sucessivas prorrogações, a concreta indicação dos requisitos legais de justa causa e imprescindibilidade da prova, que por outros meios não pudesse ser feita. 2. Diante da ausência de fundamentação suficiente e válida, resta considerar eivadas de ilicitude a decisão inicial de quebra do sigilo, bem como as sucessivas decisões que deferiram as prorrogações da medida de interceptação telefônica.**

**3. Recurso especial provido para declarar nula a decisão inicial de**



*quebra do sigilo telefônico e as sucessivas prorrogações e, bem assim, das provas consequentes, a serem aferidas pelo magistrado na origem, devendo o material respectivo ser extraído dos autos, procedendo-se à prolação de nova sentença com base nas provas remanescentes, estendido seus efeitos aos demais corréus, ficando prejudicadas as demais questões arguidas nos agravos e recursos especiais.*

(REsp 1670637/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 03/04/2018, grifei.)

Porém, entendo que a interceptação de que estamos cuidando, tantas vezes renovada sem a apresentação de elementos concretos que justificassem a continuidade do monitoramento, transformou em regra a exceção. Sendo assim, o meu entendimento é o de que há no caso violação do princípio da razoabilidade, parecendo-me imperiosa a declaração da nulidade das decisões judiciais que sucessivamente ordenaram o monitoramento telefônico.

Passo, pois, à análise da alegação de nulidade da decisão que determinou a busca e apreensão em desfavor do recorrente.

A medida foi decretada, em 18 de novembro de 2014, com o objetivo de complementar os elementos que serviram de fundamento à peça acusatória. Recebeu a decisão estes fundamentos (e-STJ fl. 704):

*A denúncia narra com clareza a suposta conduta praticada por cada denunciado, o que autoriza o deferimento da medida de busca e apreensão em relação aos denunciados, a fim de complementar os elementos de prova até então obtidos. Por sua vez, no que tange às pessoas abrangidas pelo pedido de busca e apreensão e que não foram denunciadas, a autoridade policial, em sua representação, e os autos de interceptação telefônica demonstraram a relação dos demais investigados com as pessoas já denunciadas, o que também autoriza o deferimento da medida de busca e apreensão.*

Decerto que a decisão judicial que decretou a medida cautelar de busca e apreensão encontra-se alicerçada especialmente nos elementos coletados no curso das diligências de interceptação telefônica. Reparem: o Ministério Público Federal, ao representar pela efetivação da diligência no endereço restaurante TENORE, no qual o recorrente supostamente praticava atos de gerência, justificou a necessidade

da medida no fato de ter sido mencionado, durante os monitoramentos, a existência, no local, de um caderno de anotações. De mais a mais, no meu entender, a busca e apreensão foi decretada em desfavor do recorrente sem delinear o Magistrado a existência de indícios razoáveis de autoria de crime. Como esclareci linhas acima, os fatos narrados na peça acusatória não evidenciam o crime previsto no art. 3º, inciso III, da Lei n. 8.137/1990. Em conclusão, seja porque a decisão que determinou a busca e apreensão alicerçou-se em elementos coletados durante as interceptações telefônicas – nesta oportunidade por mim declaradas ilícitas; seja em razão de ter sido autorizada para complementar provas acerca de fatos no meu entender atípicos; é imperiosa a declaração de sua nulidade, na forma dos arts. 240, 157, § 1º, ambos do Código de Processo Penal, bem como do art. 5º, incisos X e XI, da Constituição Federal.

No mesmo caminhar:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FALSA IDENTIDADE. DECISÕES DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E DE BUSCA E APREENSÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PROVAS AUTÔNOMAS. CONDENAÇÃO. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.*

**1. Diante da ausência de fundamentação casuística, em genérico decreto de quebra de sigilo e de busca e apreensão, passível de ser utilizada em qualquer procedimento investigatório, é de ser reconhecida a nulidade dessa decisão.**

[...]

*4. Ordem concedida, em parte, para declarar nulas as decisões que determinaram a quebra de sigilo telefônico e de busca e apreensão, assim como das provas decorrentes, devendo esse material probatório ser extraído dos autos.*

(HC 374.585/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017, grifei.)

Dessarte, no caso, são nulas as interceptações telefônicas que recaíram sobre o recorrente, bem como a medida cautelar de busca e apreensão, **mas vou além, porque reconheço também, de ofício, a atipicidade da conduta narrada na peça acusatória.**

Explico.

Foi o recorrente denunciado em razão dos seguintes fatos (e-STJ fls.

150/152):

63. O décimo quinto denunciado, senhor [L. H. P. B.], auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil em Niterói-RJ, com lotação nesta cidade de Niterói, na Rua Almirante Tefé, número 668, Centro, Niterói - RJ, em coautoria com o primeiro denunciado, favoreceu a empresa Transporte e Comércio de Pescados Magalhães Ltda., inscrita no CPNJ sob o nº 27.597.194/0001-00, ao lançarem auto de infração no valor de R\$ 220.937,79 (duzentos e vinte mil novecentos e trinta e sete reais e setenta e nove centavos) em desfavor da empresa, em valor inferior ao devido, que seria de R\$ 961.108,38 (novecentos e sessenta e um mil cento e oito reais e trinta e oito centavos), beneficiando seu sócio, [J. C. M. da S.].

64. A materialidade do delito encontra respaldo robusto nos termos da Informação Reservada - Escor07, de 12 de julho de 2013, na medida em que o décimo quinto denunciado foi o responsável pela fiscalização da sociedade Transporte e Comércio de Pescados Magalhães Ltda., sendo que o primeiro denunciado atuou como supervisor, com início em 24.12.2010 e encerramento em 07.11.2011, consoante registro de procedimento fiscal n. 07.1.02.00-2010-00912-6 (fl. 1 do apenso 3 - resposta ao ofício n. 99/2013-RFB/Coger/Escor07 - ao processo n. 0008242-19.2013.4.02.5102), onde tal procedimento foi permeado de irregularidades, deixando de ser lançado crédito tributário de quase um milhão de reais.

65. Visando apurar a referida irregularidade, foi lavrado o Procedimento Administrativo Fiscal n. 15540.720389/2012-15, que revelou a infração de omissão de rendimentos da pessoa jurídica no ano-calendário 2008, tendo em vista que, segundo o Termo de Verificação de Infração do RPF n. 07.1.02.2012-00173-4, demonstrou-se que a pessoa jurídica de fato não comprovou a origem dos depósitos/créditos bancários nas instituições financeiras Banco do Brasil, Bradesco e Banco Rural (fls. 96/117 do apenso 3 - resposta ao ofício n. 99/2013-RFB/Coger/Escor07 - ao processo n. 0008242-19.2013.4.02.5102), sendo possível apurar omissões de receitas decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada no montante de R\$ 6.626.428,10 (seis milhões seiscentos e vinte e seis mil quatrocentos e vinte e oito reais e dez centavos).

66. Com efeito, a autoria delituosa deste primeiro fato quedou inexoravelmente demonstrada, consoante declaração do então supervisor da referida fiscalização. [B. R. R. B.], informando que tanto o décimo quinto denunciado quanto o primeiro denunciado teriam pedido ao contribuinte justificar apenas algumas das contas bancárias existentes, de maneira a beneficiá-la, sendo que parte das justificativas não tinham nenhum embasamento e, mesmo assim, foram aceitas pelos servidores imputados (fls. 142 e 148 do IPL 271/2012).

[...]

67. Além do fato delituoso narrado acima, o décimo quinto denunciado, também favoreceu a sociedade empresária Prime Work Sistemas de Serviço Ltda., inscrita no CNPJ sob o n. 04.929.106/0001-25, agindo com infração de seu dever funcional ao lavrar auto de infração que importou em redução na ordem de R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais) do valor final do crédito tributário, mediante a desconsideração de inclusão de diversas espécies tributárias no cômputo final.

68. A materialidade do delito encontra respaldo robusto nos termos da Informação Reservada - Escor07, de 12 de julho de 2013, na medida em que o denunciado foi o responsável pela fiscalização da sociedade Prime Work Sistemas de Serviço Ltda., consoante registro de procedimento fiscal n. 07.1.02.00-2011-00351-2, o qual foi alocado ao denunciado em 10.05.2011, sendo que, ao mesmo tempo, também foi designado como supervisor até 29.11.2011, quando o AFRFB [B. R. R. B.] passou a atuar como supervisor (fls. 1 do apenso 5 - resposta ao ofício nº 99/2013-RFB/Coger/Escor07 - ao processo 0008242- 19-2013.4.025102).

69. Embora tal procedimento tenha sido instaurado para averiguação da insuficiência de declaração e recolhimento de imposto e contribuições no ano-calendário 2007, o mencionado RPF não informou o tributo COFINS como objeto da fiscalização, mas tão somente o IRPJ, a CSLL e o PIS, muito embora o servidor imputado tenha recebido informações da empresa quanto ao valor de COFINS.

70. Com efeito, a autoria delituosa deste segundo fato quedou inexoravelmente demonstrada, consoante declaração do chefe da equipe de fiscalização 01 da DRF/Niterói (fls. 144/145 e 149 do IPL 271/2012), [B. R. R. B.], informando que, ao verificar o valor insuficiente do auto de infração, reportou sua discordância ao servidor imputado, reduzindo a termo sua discordância, sendo aberta nova fiscalização, encerrada com o devido resultado.

71. As afirmações de falhas na primeira fiscalização foram corroboradas tecnicamente pelo segundo auto de infração, uma vez que este procedimento identificou considerável montante de crédito tributável não incluído no primeiro procedimento, cuja execução foi desenvolvida pelo servidor denunciado.

72. De acordo com o RPF da segunda fiscalização ocorreu uma falha de programação que era de conhecimento corrente da fiscalização. Além disto, o servidor imputado teria desconsiderado em sua ação fiscal a orientação contida no Manual de Fiscalização e na Solução de Consulta Interna - SCI - COSIT n. 05/208 acerca dos tributos IRPJ e CSLL, o que teria ocasionado uma sensível redução no valor do auto de infração resultante.

A conduta descrita no art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990, sabemos todos, pressupõe que o acusado, valendo-se da sua condição de funcionário público, patrocine

interesses privados perante a Administração Pública.

Reproduzo, por oportuno, a redação do mencionado tipo penal:

*Art. 3º **Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):***

[...]

*III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*

Sendo assim, não basta para a configuração do crime em desfile a mera condição de funcionário público, sendo imperioso que o agente se utilize dessa condição para obter vantagens perante a Administração Pública em benefício de interesses privados. De mais a mais, patrocinar significa defender interesse privado de outrem perante a Administração Pública, consumando-se a infração penal independentemente do sucesso no atendimento desse interesse.

Nos dizeres de Rogério Sanches Cunha, "patrocinar significa defender, pleitear, **advogar junto a companheiros ou superiores hierárquicos o interesse particular**. Para que se configure este delito, não basta que o agente ostente a condição de funcionário público, mas **é necessário e indispensável que pratique a ação aproveitando-se das facilidades que sua qualidade de funcionário público lhe proporciona**" (*In* Código Penal para Concursos, 6ª edição, Editora Juspodivm, p. 658, sem os grifos no original). No mesmo caminhar, ensina Hungria, que o agente patrocina perante "qualquer setor da Administração (e não apenas na repartição em que está ele lotado), **valendo-se de sua qualidade, ou seja, da facilidade de acesso junto a seus colegas e da camaradagem, consideração ou influência de que goza entre eles**" (*In* Comentários ao Código Penal, Revista Forense, Rio de Janeiro 1959, v. XI, p. 383).

Na espécie, minudenciou a peça acusatória que o recorrente, em coautoria com outro auditor fiscal, teria beneficiado a empresa Transporte e Comércio de Pescados Magalhães Ltda., ao lançar auto de infração no valor de R\$ 220.937,79

(duzentos e vinte mil, novecentos e trinta e sete reais e setenta e nove centavos), valor inferior ao devido pela referida pessoa jurídica, que seria de R\$ 961.108,38 (novecentos e sessenta e um mil, cento e oito reais e trinta e oito centavos). O recorrente seria o responsável pela fiscalização da mencionada empresa e o correu seu supervisor. Descreveu o titular da ação penal, também, que o recorrente, na qualidade de auditor fiscal, teria favorecido a empresa Prime Work Sistemas de Serviços Ltda., ao lavrar auto de infração que importou na redução de R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais) do valor do crédito tributário, sendo desconsideradas espécies tributárias no cômputo do montante final.

Como vimos das lições acima transcritas, o crime de advocacia administrativa demanda, para sua configuração, a influência do funcionário público sobre outro colega no patrocínio de interesse privado. Noutras palavras, o servidor não age de ofício, mas postula perante outro funcionário público, direta ou indiretamente, interesse privado de outrem. No caso que ora se encontra sob nossos cuidados, não descreveu o Ministério Público o patrocínio de interesses privados, mas fiscalização efetivada pelo próprio funcionário público competente. Não delineou a peça acusatória pedido formulado pelo auditor fiscal a outro servidor público, valendo-se da influência derivada de seu cargo, destinado a beneficiar as empresas mencionadas na inicial. Desse modo, na minha compreensão, não se pode tomar como típica a conduta do recorrente. Muito embora possam existir erros ou falhas nos atos de fiscalização das pessoas jurídicas referidas, entendo que as condutas narradas na denúncia não se justapõem àquela descrita no art. 3º, III, da Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária.

Esse mesmo entendimento foi perfilhado pelo Juiz da Segunda Vara Federal de Niterói, que, ao absolver sumariamente o paciente dos crimes narrados na inicial, deixou assentado, de maneira irretocável que (e-STJ fls. 168/203):

*Conforme a doutrina acima colacionada, o crime de advocacia administrativa fazendária consiste na ação do funcionário público de patrocinar, valendo-se de sua qualidade de funcionário público, interesse privado e alheio, de outrem. Não se está dizendo, com isso, que o particular não possa, em tese, praticar o crime previsto no art. 3º, III, da lei n. 8.137/90. Para tanto, porém, é necessário que o particular se associe ao servidor público para patrocinar interesse privado e alheio, e não interesse próprio. Isso porque o patrocínio de interesse próprio, no*

# Superior Tribunal de Justiça

caso perante a Administração Fazendária, seja pessoalmente seja por intermédio de representante (ex.: advogado, contador, procurador etc.) é inerente ao direito de petição, garantido constitucionalmente (art. 5º, XXXIV, 'a', CRFB/88).

89. Em resumo, o tipo do art. 3º, III, da lei n. 8.137/90 exige, para sua consumação, que o agente seja servidor público e que se valha dessa condição ou que seja particular associado a servidor público (art. 30 do CP), e que sua ação consista na defesa, no patrocínio de interesse privado e alheio, independentemente do atendimento concreto do interesse alheio patrocinado.

90. Ou seja, como exemplificado por Nelson Hungria, para a configuração do crime de advocacia administrativa, o servidor público (no caso o auditor fiscal) deve exercer influência sobre outro colega (no caso também auditor fiscal), no patrocínio de interesse privado e alheio. O auditor que patrocina o interesse privado e alheio poderá responder, em tese, pelo crime do art. 3º, III, da lei n. 8.137/90; o auditor que cede ao pedido do colega poderá responder, em tese, pelo crime de corrupção passiva.

91. Como já explicado, o tipo do art. 3º, III, da lei n. 8.137/90 exige, para sua consumação, que o agente, valendo-se de sua condição de servidor público, patrocine interesse privado e alheio perante a Administração Pública Fazendária. No caso, a denúncia não narrou que Jarbas Antonio de Barros, valendo-se de sua condição de auditor fiscal, tenha postulado direta ou indiretamente perante a Administração Pública Fazendária interesse privado e alheio, mas sim que o auditor teria orientado três pessoas físicas na elaboração de suas declarações de imposto de renda, o que não se subsume ao tipo previsto no art. 3º, III, da lei n. 8.137/90.

92. Sendo assim, as condutas narradas não encontram adequação típica no art. 3º, III, da lei n. 8.137/90. Absolvido sumariamente o réu, resta prejudicada a análise das demais teses defensivas.

Feitas todas essas considerações, **dou provimento ao recurso** para declarar nulas as interceptações telefônicas que recaíram sobre o recorrente, bem como a medida cautelar de busca e apreensão, e **concedo habeas corpus de ofício** para restabelecer a decisão do Juiz Federal da Segunda Vara de Niterói, que absolveu sumariamente o recorrente dos crimes descritos no art. 3º, inciso III, da Lei n. 8.137/1990, nos moldes do art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator