



---

## Terceira Seção



---

**RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 83.233-SP (2017/0083338-5)**

---

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Helena Plat Zukerman

Advogados: Renato Sciullo Faria - SP182602

Danyelle da Silva Galvão - SP340931

Recorrido: Ministério Público Federal

Corréu: Mauro Zukerman

---

**EMENTA**

Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Estelionato majorado, falsidade ideológica e uso de documento falso. Obtenção de dados fiscais pelo Ministério Público diretamente à Receita Federal sem autorização judicial. Questão não compreendida no julgamento do Tema 990 pelo STF. Acesso direto pelo órgão da acusação, que não se confunde com a representação fiscal para fins penais, prevista legalmente e reconhecidamente possível pela Corte Suprema. Compartilhamento que ocorre, de ofício, pela Receita Federal, após devido procedimento administrativo em que, posteriormente ao lançamento do tributo, verifica-se a existência de indícios da prática de crime. Ilegalidade configurada. Reconhecimento da ilicitude dos dados obtidos pelo órgão da acusação e os deles decorrentes.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP, em sede de repercussão geral, firmou a orientação de que *é constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil – em que se define o lançamento do tributo – com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional* (Tema 990).

2. Da leitura desatenta da ementa do julgado, poder-se-ia chegar à conclusão de que o entendimento consolidado autorizaria

a requisição direta de dados pelo Ministério Público à Receita Federal, para fins criminais. No entanto, a análise acurada do acórdão demonstra que tal conclusão não foi compreendida no julgado, que trata da Representação Fiscal para fins penais, instituto legal que autoriza o compartilhamento, de ofício, pela Receita Federal, de dados relacionados a supostos ilícitos tributários ou previdenciários após devido procedimento administrativo fiscal.

3. Assim, a requisição ou o requerimento, de forma direta, pelo órgão da acusação à Receita Federal, com o fim de coletar indícios para subsidiar investigação ou instrução criminal, além de não ter sido satisfatoriamente enfrentada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP, não se encontra abarcada pela tese firmada no âmbito da repercussão geral em questão. Ainda, as poucas referências que o acórdão faz ao acesso direto pelo Ministério Público aos dados, sem intervenção judicial, é no sentido de sua ilegalidade.

4. Hipótese dos autos que consiste no fato de que o Ministério Público Federal solicitou, diretamente ao Superintendente da Receita Federal, as declarações de imposto de renda da recorrente, de seus familiares e de diversas pessoas jurídicas, ou seja, obteve-se diretamente do referido órgão documentação fiscal sem que tenha havido qualquer espécie de ordem judicial.

5. A possibilidade de a Receita Federal valer-se da representação fiscal para fins penais, a fim de encaminhar, de ofício, os dados coletados no âmbito do procedimento administrativo fiscal, quando identificada a existência de indícios da prática de crime, ao Ministério Público, para fins de persecução criminal, não autoriza o órgão da acusação a requisitar diretamente esses mesmos dados sem autorização judicial.

6. Recurso provido para reconhecer a ilicitude dos dados (fiscais) obtidos pelo Ministério Público por meio da Receita Federal na Ação Penal n. 0003084-80.2016.4.03.6126, sem autorização judicial, devendo todos os elementos de informação e os deles decorrentes ser desentranhados da ação penal, cabendo ao Juízo de Direito da 3ª Vara Federal de Santo André/SP identificá-los, verificar em quais ações penais foram utilizados e analisar, pormenorizadamente, se as ações penais se sustentariam sem esses indícios.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso para reconhecer a ilicitude dos dados (fiscais) obtidos pelo Ministério Público por meio da Receita Federal na Ação Penal n. 0003084- 80.2016.4.03.6126, sem autorização judicial, devendo todos os elementos de informação e os deles decorrentes ser desentranhados da ação penal, cabendo ao Juízo de Direito da 3ª Vara Federal de Santo André/ SP identificá-los, verificar em quais ações penais foram utilizados e analisar, pormenorizadamente, se as ações penais se sustentariam sem esses indícios, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas e Laurita Vaz, que negavam provimento ao recurso em habeas corpus.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas e Laurita Vaz.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 09 de fevereiro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

---

DJe 15.3.2022

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por *Helena Plat Zukerman* contra o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fls. 54/55):

Processo Penal. *Habeas corpus*. Requisição de dados fiscais diretamente pelo Ministério Público. Possibilidade. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

1. Interpretação do art. 5º, X, da Constituição deve guardar consonância com a realidade atual. Vivemos momento de alastramento da corrupção e da criminalidade organizada como um todo, inclusive do terrorismo, de maneira que os órgãos de investigação devem ser fortalecidos nas suas funções.

2. Por outro lado, a Constituição de 1988 e a Lei Complementar 75/93, que organiza o Ministério Público da União, garantiram ao órgão a possibilidade de requisitar informações e documentos nos seus procedimentos investigatórios (CF, art. 129, VI e VIII; LC 75/93, art. 8º, II, IV, V e VII). A referida Lei Complementar é explícita em afastar o sigilo, que fica transferido ao Ministério Público (art. 8º, II).

3. Elevado estatuto jurídico dos membros do Ministério Público na nova ordem constitucional, equiparável ao da magistratura, que de forma objetiva põe seus membros ao abrigo de injunções políticas e outras formas de pressão que poderiam macular uma atuação isenta e voltada à consecução do interesse público.

4. Supremo Tribunal Federal que já reconheceu a possibilidade de o Ministério Público investigar crimes de forma direta - o chamado poder investigatório do Ministério Público em matéria penal.

5. Estatuto jurídico e conjunto de funções desempenhadas pelo Ministério Público que estão a propiciar analogia com o tratamento dispensado, em matéria de sigilo bancário, aos agentes da Receita Federal. Se a Receita Federal, com atribuições relevantes, mas certamente não mais que aquelas desempenhadas pelo Parquet, pode requisitar diretamente dados bancários, por que não poderia fazê-lo o próprio Ministério Público? O Ministério Público estaria para tal amparado na Constituição e nas disposições da referida Lei Complementar.

6. Instrumentos internacionais e organizações de que o Brasil faz parte aconselham firmemente a flexibilização do sigilo bancário como forma de aprimorar o combate à criminalidade organizada. Nesse sentido, a Recomendação n. 9 do GAFI-Grupo de Ação Financeira - organização internacional encarregada do combate à lavagem de dinheiro em âmbito mundial -, além de manifestações específicas que já foram dirigidas ao Brasil.

7. Órgãos de direção do Ministério Público, em todos os seus ramos, que se têm empenhado para regular a atuação investigatória dos seus membros, de maneira a evitar abusos - como é o caso da Resolução n. 77 do Conselho Superior do Ministério Público Federal, que, por exemplo, proíbe a expedição de intimações e requisições sem que seja instaurado procedimento investigatório formal.

8. Ordem denegada.

Narram os autos que o Ministério Público Federal denunciou a recorrente, juntamente com um corréu, como incurso nos crimes de estelionato majorado, falsidade ideológica e uso de documento falso, perante o Juízo de Direito da 3ª

Vara Federal da comarca de Santo André/SP, que recebeu a inicial acusatória (Ação Penal n. 0003084- 80.2016.4.03.6126).

Observa-se que o órgão da acusação, de posse de dossiê integrado e das declarações de imposto de renda de determinados investigados, dentre eles o recorrente, requereu a juntada desses documentos na ação penal, pleito que foi atendido pelo Magistrado e, inclusive, compartilhado com a ação civil pública decorrente (fl. 104).

Ao argumento da quebra do sigilo fiscal da recorrente, pelo Ministério Público Federal, sem autorização judicial, a defesa impetrou *habeas corpus* na colenda Corte de origem, que denegou a ordem (fls. 50/55 - Habeas Corpus n. 0020412- 68.2016.4.03.0000).

Aqui, a recorrente alega constrangimento ilegal consistente na requisição direta dos dados fiscais dela pelo Ministério Público Federal sem autorização judicial.

Sustenta, em síntese, que *equivocada é a interpretação de que a quebra de sigilo fiscal independente de autorização judicial, porque o art. 8º, § 2º, da Lei Complementar n. 75/93 afastaria e transferiria o sigilo ao Ministério Público. A previsão legal, diferentemente do que dispôs o E. Tribunal a quo, não afasta a reserva de jurisdição* (fl. 64).

Postula, então, o conhecimento e o provimento liminar do recurso para que seja suspensa a ação penal até o julgamento do mérito do presente recurso em *habeas corpus*. No mérito, requer o desentranhamento das informações sigilosas dos autos da ação penal, inutilizando-se os indícios coletados de forma ilegal.

Em 19/4/2017, deferi o pedido liminar para suspender a Ação Penal n. 0003084-80.2016.4.03.6126 até o julgamento do mérito do presente apelo, bem como as medidas cautelares dela decorrentes (fls. 91/95).

Prestadas informações pelo Juízo de primeiro grau (fls. 101/118), o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 127/130):

*Recurso ordinário em habeas corpus. Requisição de dados fiscais pelo Ministério Público, diretamente à Receita Federal. Impossibilidade. Necessidade de autorização judicial. Ilegalidade flagrante. Parecer pelo provimento do recurso.*

Em 26/10/2021, a Sexta Turma desta Casa decidiu afetar o julgamento do pleito à Terceira Seção.

Em 28/10/2021, a defesa apresentou pedido de sustentação oral (fls. 141/142).

O Ministério Público Federal apresentou novo parecer, no sentido do desprovimento do apelo (fls. 144/147):

*Recurso ordinário em habeas corpus. Estelionato, falsidade ideológica e uso de documento falso. Compartilhamento de dados fiscais pela Receita Federal com o Ministério Público para fins penais. Possibilidade. Tema de Repercussão Geral n. 990/STF. Precedentes. Parecer pelo improvimento do recurso.*

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Busca a recorrente o desentranhamento das informações sigilosas dos autos da ação penal que lhe atribui os crimes de estelionato majorado, falsidade ideológica e uso de documento falso, ao argumento de ilegalidade na requisição direta dos dados fiscais pelo Ministério Público Federal.

No caso, conforme afirmado na inicial do recurso, *o i. Representante do Ministério Público Federal, independentemente de decisão judicial, requisitou diretamente à Receita Federal “cópia das declarações de imposto de renda pessoa física - DIRPF, pessoa jurídica - DIRPJ e DIMOB relativas aos anos calendários 2005, 2008, 2009, 2010, 2012 e 2013” de diversas pessoas, dentre as quais a recorrente* (fl. 62).

E foi o que realmente aconteceu, conforme se depreende do acórdão hostilizado (fl. 52):

[...]

A questão está, pois, bem delimitada: pode o Ministério Público requisitar diretamente declarações de tributos e outros dados fiscais à Receita Federal, sem autorização judicial?

A resposta a meu ver é positiva.

[...]

Na ocasião do deferimento da medida de urgência do presente recurso (fls. 91/95 - 19/4/2017), a decisão baseou-se no entendimento deste Superior Tribunal, no sentido de que a possibilidade de compartilhamento de informações

bancárias com o Fisco não autorizaria o compartilhamento desses dados para fins criminais, com o afastamento da reserva de jurisdição.

Confira-se:

Penal e Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. 1. Crime tributário. Quebra do sigilo bancário pela Administração Tributária. Ausência de autorização judicial. Possibilidade. Art. 6º da LC n. 105/2001. Reflexos no âmbito penal. Compartilhamento. 2. Entendimento firmado pelo STF em repercussão geral. RE 601.314/SP. Penal. Reserva de jurisdição. Precedentes do STJ e do STF. Juízo de retratação. Art. 1.030 do CPC. 3. Recurso em *habeas corpus* provido, em parte. Manutenção do acórdão.

1. O então Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, deu parcial provimento ao presente RHC, para reconhecer a ilicitude do compartilhamento, para fins penais, de prova requisitada diretamente pela administração fazendária, sem autorização judicial.

2. No julgamento do RE n. 601.314/SP, cuja repercussão geral foi reconhecida, consignou-se que o “art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. Decidiu-se, portanto, pela desnecessidade de prévia autorização judicial para a quebra de sigilo bancário para fins de constituição de crédito tributário.

3. *Acontece que, para fins penais, as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal, na esteira de orientação do STF (HC 125.218, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24/05/2016, Processo Eletrônico DJe-116 divulg 06-06-2016 public 07-06-2016), não admitem que os dados sigilosos obtidos diretamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil sejam por ela repassados ao Ministério Público ou autoridade policial, para uso em ação penal, pois não precedida de autorização judicial a sua obtenção. Princípio da reserva da jurisdição. Incidência do art. 5º, XII c/c o art. 93, IX, ambos da CF/88.*

4. Precedentes: RHC n. 42.332/PR, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 2/2/2017; RHC n. 72.074/MG, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/10/2016, DJe 19/10/2016; AgRg no REsp n. 1.491.423/PR, da minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 16/8/2016, DJe 1º/9/2016; e AgRg no REsp n. 1.371.042/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 23/11/2016.

5. Recurso em *habeas corpus* parcialmente provido. Decisão mantida, em juízo de retratação.

(RHC n. 47.030/DF, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 17/2/2017 – grifo nosso)

Em 4/12/2019, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP, no qual entendeu que o compartilhamento de dados pela Receita Federal com o Ministério Público, para fins de instrução criminal, não exigiria autorização judicial.

Confira-se a ementa redigida para o julgado (grifo nosso):

Ementa Repercussão geral. Tema 990. Constitucional. Processual Penal. Compartilhamento dos Relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal para fins criminais. Desnecessidade de prévia autorização judicial. Constitucionalidade reconhecida. Recurso ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença condenatória de 1º grau. Revogada a liminar de suspensão nacional (art. 1.035, § 5º, do CPC). Fixação das seguintes teses:

**1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional;**

2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

(RE n. 1.055.941/SP, Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 6/10/2020 - grifo nosso)

Da análise da ementa transcrita, depreende-se que a questão firmada pela Corte Suprema gira em torno das normas que tratam da representação fiscal para fins penais, prevista nos arts. 198 do CTN e 83 da Lei n. 9.430/1996 e no § 3º do art. 1º da LC n. 105/2001.

Confira-se o teor dos referidos dispositivos legais:

a) Código Tributário Nacional:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela Lcp n. 104, de 2001)

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lcp n. 104, de 2001)

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; (Incluído pela Lcp n. 104, de 2001)

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. (Incluído pela Lcp n. 104, de 2001)

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (Incluído pela Lcp n. 104, de 2001)

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a: (Incluído pela Lcp n. 104, de 2001)

I – representações fiscais para fins penais; (Incluído pela Lcp n. 104, de 2001)

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; (Incluído pela Lcp n. 104, de 2001)

III – parcelamento ou moratória. (Incluído pela Lcp n. 104, de 2001)

b) Lei n. 9.430/1996:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º 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. (Redação dada pela Lei n. 12.350, de 2010 c) Lei Complementar n. 105/2001 (grifo nosso): Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I - a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III - o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei n. 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV - a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V - a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar.

VII - o fornecimento de dados financeiros e de pagamentos, relativos a operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento de pessoas naturais ou jurídicas, a gestores de bancos de dados, para formação de histórico de crédito, nos termos de lei específica. (Incluído pela Lei Complementar n. 166, de 2019) (Vigência)

A fim de constatar se a questão relativa à requisição ou requerimento, por parte do Ministério Público, diretamente à Receita Federal, sem supervisão judicial e para fins de instrução criminal, foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, li o inteiro teor do acórdão, bem como analisei detidamente os votos dos Ministros Dias Toffoli (vencedor), Alexandre de Moraes (voto que contribuiu para a formação da tese) e Luís Roberto Barroso, que efetivamente fizeram menção ao tema em exame, e não observei ter a questão em debate no presente recurso sido devidamente enfrentada ou compreendida no entendimento firmado no âmbito da repercussão geral.

Também constatei que as poucas referências que o acórdão faz ao acesso direto aos dados, com iniciativa do próprio Ministério Público, sem intervenção judicial, são no sentido de sua ilegalidade.

Confirmam-se, no que interessa, trechos do acórdão citado:

Voto vencedor (Ministro Dias Toffoli - grifo nosso):

[...]

**Isso quer dizer que a UIF não é obrigada a gerar ou disseminar relatórios por solicitação das autoridades investigativas competentes (Ministério Público ou autoridade policial).** Em documento emitido pelo GAFI a respeito da independência e da autonomia das UIF, podemos verificar o quanto a comunidade internacional leva a sério a importância de UIF autônomas:

[...]

**Assim, as autoridades competentes investigativas não podem acessar diretamente a base de dados da UIF brasileira. É o que se espera do sistema,**

***pois a Unidade de Inteligência Financeira não é um órgão investigativo.*** Portanto, nem sua base de dados nem o RIF constituem prova criminal, conforme veremos mais adiante. Esse procedimento, voltado para o tratamento das comunicações dos setores obrigados a prestar informações, é praticamente o mesmo quando a comunicação é recebida das autoridades competentes. Por se tratar de instituição voltada para a coordenação de troca de informações, a UIF não apenas encaminha RIF para as autoridades competentes (MP e autoridade policial, por exemplo), como também recebe informações das autoridades competentes para a formação de sua base de dados.

[...]

***É extremamente importante enfatizar, ainda, a absoluta e intransponível impossibilidade da geração de RIF por encomenda (fishing expedition) contra cidadãos que não estejam sob investigação criminal de qualquer natureza ou em relação aos quais não haja alerta já emitido de ofício pela unidade de inteligência com fundamento na análise de informações contidas em sua base de dados.***

[...]

Isso significa que a UIF é investida de autonomia suficiente, que lhe confere a prerrogativa de disseminar ou não as informações de inteligência financeira para a autoridade competente solicitante, a exemplo do Ministério Público, o que atende à Recomendação 29 do GAFI, à qual já me referi anteriormente e que diz respeito à autonomia dos órgãos de inteligência mundo afora na tomada de decisões.

***Esse ponto reforça a ausência de poder requisitório do Ministério Público junto à Unidade de Inteligência brasileira, que simplesmente produz atividade de inteligência, sem, contudo, certificar a legalidade ou não das operações financeiras analisadas.***

[...]

É estreme de dúvidas, como já afirmei anteriormente, que a Unidade de Inteligência Financeira não é um órgão investigativo e, portanto, sua base de dados e seus relatórios de inteligência (RIF) não constituem prova criminal.

Na verdade, os relatórios de inteligência disseminados pela UIF constituem um meio de obtenção de prova.

Para melhor demonstrar meu ponto de vista, cumpre extremar, de um lado, meios de prova e, de outro, meios de pesquisa, investigação ou obtenção de prova.

[...]

Ministro Alexandre de Moraes (*embora tenha contribuído para a formação da tese, não tratou explicitamente sobre a possibilidade de requisição direta pelo Ministério Público*):

[...]

A Receita Federal tem toda uma regulamentação de que informações não necessárias, não utilizadas para a constituição daquele tributo, para o seu lançamento definitivo, devem ser entregues ao sujeito passivo, devolve-se ou, se houver também informações de terceiros, são destruídas ou inutilizadas.

Se, nessa representação em abstrato, além do essencial para constituir a materialidade daquele tipo penal tributário, forem outras informações que não tenham relação, teríamos uma irregularidade.

Mais do que uma irregularidade, é um crime previsto no art. 116 da Lei n. 8.112/1990.

Ou seja, o sistema fecha e proíbe uma devassa geral. Só vai ou só deve ir, ou, ainda, eu diria, só irá lícitamente a prova produzida durante o procedimento pela Receita Federal que ensejou o lançamento definitivo do tributo e trouxe indícios de autoria de um crime material contra a ordem tributária.

[...]

Ministro Luís Roberto Barroso (grifo nosso):

[...]

Portanto, e nessa linha, é diferente a situação aqui examinada, em que o auditor da Receita Federal, no exercício da sua função, deparou-se com indício de sonegação e de crime e comunica ao Ministério Público, daquela em que um auditor, por especulação, viesse, sponte própria ou mediante solicitação informal de quem quer que seja, a produzir uma verdadeira investigação de natureza criminal com a coleta de dados bancários já preordenada com o objetivo de fornecê-los às autoridades de persecução penal.

Essa hipótese é inaceitável, é ilegítima, é criminosa e merece ser reprimida adequadamente.

Nós estamos falando da trajetória em que a instituição financeira comunica à Receita. A Receita instaura um procedimento, requisita novas informações, produz o processo e o encaminha ao Ministério Público.

***Se o Ministério Público quiser ter acesso direto a informações bancárias, ele precisa de autorização judicial. Essa é a determinação constitucional.***

***Portanto, há um caminho legítimo e um caminho que não é legítimo. Gostaria, em obiter dictum, de deixar isso assentado.***

[...]

É nesse ponto específico que manifesto divergência com Vossa Excelência, deixando claro, todavia, que o caminho inverso, como disse, não é legítimo.

***O Ministério Público não pode requisitar à Receita Federal, de ofício, ou seja, sem tê-las recebido, da Receita, informações protegidas por sigilo fiscal. Neste caso, se impõe autorização judicial.***

[...]

Assim, a única conclusão a que se pode chegar é que a requisição de dados fiscais pelo Ministério Público, sem autorização judicial, permanece ilegal, até porque a tese fixada se limita ao compartilhamento, de ofício, pela Receita Federal, de dados relacionados a supostos ilícitos tributários ou previdenciários, após devido procedimento administrativo fiscal.

Portanto, a tese firmada no caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal difere-se do caso trazido aos autos no presente recurso ordinário, na medida em que, neste, o acesso partiu do órgão da acusação e *tal possibilidade não foi inequivocamente considerada legal pela Corte Suprema*.

A propósito, em recente decisão proferida por ocasião do julgamento do HC n. 201.965, cujo acórdão decorrente ainda pende de publicação, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a legalidade dos relatórios de inteligência financeira que ensejaram as investigações do suposto “caso das rachadinhas” ou “esquema dos gafanhotos”, relacionados à Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, entendeu pela nulidade dos relatórios e das provas deles decorrentes, considerando o fato de que esses eram decorrentes de solicitações feitas pelo Ministério Público local, e não de iniciativa do órgão de controle financeiro.

Mostra-se relevante a análise de alguns trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, no qual ele faz referência à tese fixada no Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP (Tema 990), de modo a evidenciar que a troca de informações mediante requisição do órgão da acusação é ilegal.

Confira-se (grifo nosso):

[...]

O destaque para as particularidades desse procedimento é necessário para que fique claro que a legislação aplicável não admite a elaboração de RIFs “por encomenda” do Ministério Público ou da Autoridade Policial. O corolário dessa sistemática, portanto, é que as Autoridades Competentes não podem requisitar ao COAF o detalhamento de contas bancárias ou quaisquer outras informações que já não tenham sido previamente informadas ao COAF pelas próprias instituições financeiras ou pelos próprios setores obrigados.

Dessa forma, é absolutamente vedado o intercâmbio aberto de informações entre o Ministério Público e a Polícia Federal e o COAF para a obtenção de dados fiscais e bancários sigilosos, não abrangidos pela informação contidas nas operações que devem ser obrigatoriamente comunicadas, nos termos do art. 15 da Lei 9.613/98.

***Outrossim, tal como assentado pelo STF no RE 1.055.941, não cabe ao COAF obter e compartilhar extratos bancários ou realizar diligências perante***

***instituições financeiras, sob pena de ilegalidade das informações produzidas em virtude da quebra disfarçada do sigilo bancário e fiscal dos investigados que é submetido à reserva de jurisdição.***

***Outrossim, estabeleceu-se nesse mesmo precedente que o envio ou a solicitação de relatórios de inteligência deve ocorrer através dos canais institucionais oficiais, sendo vedada a realização de consultas informais, de devassas não registradas às operações financeiras dos cidadãos.***

Nessa linha, na apreciação do recurso extraordinário pelo Plenário desta Suprema Corte, em que foi julgado constitucional o compartilhamento de dados entre a Receita Federal o COAF e os órgãos de persecução penal, fixou-se a seguinte tese:

[...]

A partir deste julgamento, retiram-se as seguintes proposições que interessam ao caso concreto e sobre as quais não cabe mais discussão neste Tribunal: (1) não é obrigatória a prévia autorização judicial para o compartilhamento de informações através de RIFs emitidos pelo COAF, ressalvando apenas que o sigilo das informações deve ser resguardado em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional; e (2) não há restrição para que o conteúdo do compartilhamento seja limitado a dados globais, devendo a UIF repassar todas as comunicações de operações atípicas informadas pelos órgãos obrigados.

***Outrossim, há ainda três requisitos que deveriam ter sido observados pelo MPRJ para que a legalidade do procedimento não restasse maculada, nos termos do que fora fixado no Tema 990 da RG: (1) há a necessidade de procedimento investigatório formalmente instaurado, nos termos da lei, de modo a não caracterizar quebra por mecanismos não informais, de maneira disfarçada ou em eventual fishing expedition; (2) em complementação ao item anterior, a disseminação dos dados sensíveis pelo COAF deve ser realizada mediante a via oficial do sistema SEI-C; (3) o procedimento sujeita-se a posterior controle judicial, nos termos do art. 5, XXXV, da CF.***

Além da inobservância dessas recomendações internas e dos órgãos de controle, as peças informativas produzidas pelo MPRJ e pelo COAF também não se coadunam com as regras estabelecidas pelo STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário 1.055.941/SP (Tema 990 da Repercussão Geral).

***Anote-se que o precedente estabelecido pelo Tribunal Pleno do STF demonstrou uma preocupação com eventuais abusos persecutórios que decorrem da ausência de formalização de atos investigativos e da produção de relatórios de informação, tendo em vista a impossibilidade de se exercer a ampla defesa ou se possibilitar o controle judicial em sua plenitude contra tais atos secretos, ainda que a posteriori.***

É por isso motivo que restou consignado na ementa do acórdão que o compartilhamento de relatórios de inteligência financeira dependeria da

existência de “procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional” (RE 1.055.941, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 4.12.2019).

[...]

*Ressalte-se, portanto, que os vícios procedimentais acima descritos não constituem meras irregularidades. Sobre esse ponto, cumpre reafirmar que, no processo penal, a forma é garantia e não há espaço para poderes gerais, pois todo poder é estritamente vinculado a limites. O processo penal é, pois, um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo (LOPES Jr. Aury. Direito Processual Penal. E book. Posição 12.459-12.466).*

*De acordo com essa perspectiva, a admissão de investigações não formalizadas impossibilita o controle dos atos persecutórios por parte do indivíduo e das instâncias judiciais. Também contribui para devassas indevidas sobre a esfera da privacidade dos cidadãos e para a apuração de fatos que extravasam as atribuições dos agentes das investigações.*

Nos Estados Unidos, a realização de investigações disfarçadas é refutada pela jurisprudência, que atribui o nome de *fishing expedition* a essa tática de descoberta proposital de provas não abrangidas pelo escopo do inquérito.

De fato, o conceito jurídico de *fishing expedition* compreende a ideia de um inquérito ou uma busca e apreensão desnecessariamente extensa ou não relacionada ao processo (DA SILVA, Viviani Ghizoni; SILVA, Phelipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Morais da. *Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: Um dilema oculto do processo penal*. 1ª ed. Florianópolis: Emais, 2019. p. 40).

Também pode ser compreendido como “uma investigação que não segue o objetivo declarado, mas espera descobrir uma prova incriminadora ou digna de apreciação”, ou, ainda, uma investigação realizada “sem definição ou propósito, na esperança de expor informação útil” (DA SILVA, Viviani Ghizoni; SILVA, Phelipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Morais da. *Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: Um dilema oculto do processo penal*. 1ª ed. Florianópolis: Emais, 2019. p. 40).

No caso em análise, há a ocorrência de *fishing expedition* a partir do momento em que o MPRJ e o COAF passaram a produzir relatórios de inteligência e outras provas contra [...] antes mesmo da sua inclusão no polo passivo do procedimento investigativo criminal e mediante solicitações de informações complementares às instituições financeiras, em desacordo à sistemática estabelecida de recebimento e comunicação de operações suspeitas.

Destaque-se que as ilegalidades acima mencionadas foram apontadas durante o julgamento do Agravo em Recurso no *Habeas Corpus* 125.463/2021, no voto

dissidente do Ministro João Otávio Noronha, que foi acompanhado pelo Ministro Joel Ilan Paciornik.

[...]

Analisando o voto proferido neste Superior Tribunal, citado pelo Ministro Gilmar Mendes, do Ministro João Otávio de Noronha, que ficou vencido no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n. 125.463/RJ, considero prudente fazer constar as seguintes considerações, uma vez que ali também foi feita referência ao Tema 990 da repercussão geral do STF (grifo nosso):

[...]

Antes de iniciar o exame dos fatos alegados e de sua eventual comprovação pelo caderno probatório, submeto aos membros da Quinta Turma importantes considerações acerca do Recurso Extraordinário n. 1.055.941, julgado pelo STF no regime de repercussão geral, com fixação da Tese n. 990.

O voto do relator daquele recurso, Ministro Dias Toffoli, apresenta profunda reflexão a respeito dessa matéria. Houve intenso debate no Plenário sobre o tema, com a oitiva de diversas entidades e oferecimento de contribuições valiosas nos votos apresentados pelos demais membros daquele Tribunal.

Estabeleceu-se, por fim, diretriz no sentido da necessidade imperiosa de que as ferramentas de combate à corrupção, à sonegação fiscal e à ação das redes de crime organizado sejam acompanhadas do respeito à lei e à Constituição pelos agentes de fiscalização e de investigação do Estado quando promoverem compartilhamento de informações. [...]

Prossigo, ainda no exame daquele recurso extraordinário, noticiando que o Órgão Pleno do STF aderiu, de forma expressa, por maioria, à proposta formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes, fixando a tese já transcrita.

Não houve, naquele julgamento de repercussão geral, identificação dos efetivos limites de conteúdo dos relatórios de inteligência compartilhados pelo COAF com o órgão persecutório, já que a fixação da tese, nesse ponto específico, deu-se de maneira abstrata, sem análise de caso concreto, como já dito. [...]

O voto é claro. E foi expressamente referendado pela farta maioria do Órgão Pleno do STF.

Considerando, pois, que o STF, no julgamento da Tese n. 990, delineou as balizas objetivas que limitam a atuação do COAF no compartilhamento de informações com o órgão acusatório; considerando mais que aquele julgamento foi promovido, nessa parte, em abstrato, sem o exame de nenhuma prova; considerando ainda que os elementos de prova que demonstram as supostas irregularidades apontadas pelo Deputado F. N. B. encontram-se nos autos deste recurso em *habeas corpus*, passo ao exame do conjunto probatório, interligando-o com as diretrizes apontadas.

Sim, este julgamento terá o papel de verificar o cumprimento das diretrizes abstratamente firmadas pela Tese de Repercussão Geral n. 990 ao caso concreto, ônus que nunca pertenceu ao STF.

Vamos aos fatos demonstrados nestes autos, que serão analisados sob o prisma da Tese n. 990 e dos importantes detalhamentos trazidos pelo voto condutor, do Ministro Alexandre de Moraes.

[...]

Não obstante, o MPRJ solicitou verdadeira “extensão de investigação” ao COAF, pleiteando a confecção de RIFs de “intercâmbio”. Realiza essa solicitação, percebe-se, a despeito de se manifestar no PIC no sentido de que os dados recebidos seriam consistentes e trariam indícios da prática de ilícitos penais (fl. 156 do RHC n. 125.461). ***As já transcritas lições do Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do RE n. 1.055.461 são claras quanto à vedação de solicitação ao COAF (antiga UIF) para que “investigue alguém a partir de tais dados”, especificando que os pedidos de relatórios complementares devem restringir-se a “UIF, o que você tem em relação a isso?”.***

[...]

Em análise perfunctória, considero que o indicado relatório trazia informações globais e muitos detalhamentos relativos a operações consideradas suspeitas. Traduz-se em verdadeira e completa notícia de fato com elementos mais do que suficientes à inauguração do procedimento investigatório criminal e à solicitação de quebra judicial do sigilo dos envolvidos.

***Manifesto, neste ponto, meu entendimento pessoal de que o compartilhamento das informações constantes na base de dados do COAF com o órgão acusatório deve necessariamente ficar limitado às absolutamente necessárias à caracterização da potencial ilicitude que as envolve.***

***Não foi outra a conclusão a que chegou o STF no julgamento da Tese n. 990, é bom lembrar.***

[...]

Em um estado de direito não é possível se admitir que órgãos de investigação, em procedimentos informais e não urgentes, solicitem informações detalhadas sobre indivíduos ou empresas, informações essas constitucionalmente protegidas, salvo autorização judicial.

Uma coisa é órgão de fiscalização financeira, dentro de suas atribuições, identificar indícios de crime e comunicar suas suspeitas aos órgãos de investigação para que, dentro da legalidade e de suas atribuições, investiguem a procedência de tais suspeitas. Outra, é o órgão de investigação, a polícia ou o Ministério Público, *sem qualquer tipo de controle*, alegando a possibilidade de

ocorrência de algum crime, solicitar ao COAF ou à Receita Federal informações financeiras sigilosas detalhadas sobre determinada pessoa, física ou jurídica, sem a prévia autorização judicial.

Tal agir não tem amparo legal, até porque tais informações não são urgentes, não havendo risco de que o tempo necessário para a instauração de um procedimento formal submetido ao controle judicial as coloque em perigo.

E não podemos nos esquecer de que, no momento pelo qual passamos, informações protegidas por sigilo - qualquer tipo de sigilo - caem em domínio público com muita frequência. Nos últimos anos, informações existentes em processos que corriam sob sigilo, diversas vezes, foram parar nos noticiários escritos e televisivos, *blogs*, *twitters* etc., sem que, em nenhum momento, os responsáveis pelo “vazamento” fossem punidos ou mesmo identificados. Se isso acontece com processos formais, sob a responsabilidade da justiça brasileira, o que esperar de informações sigilosas obtidas, muitas vezes, de modo informal e sem qualquer tipo de controle ou supervisão.

Mais do que nunca, necessário é, a meu ver, garantir ao cidadão brasileiro que suas informações privadas, constitucionalmente submetidas ao sigilo, de fato, só sejam acessadas por determinação legal e por quem detém efetivamente competência funcional para tanto. E o caminho para que isso se torne uma realidade é obedecer o que o texto constitucional estabelece, tornando *efetivamente* o acesso a informações sigilosas uma exceção à regra.

As mesmas considerações transcritas em torno da atuação do COAF aplicam-se à Receita Federal, uma vez que a tese firmada no Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP (Tema 990) não faz distinção entre as instituições.

Em face do exposto, *dou provimento* ao recurso para reconhecer a ilicitude dos dados (fiscais) obtidos pelo Ministério Público por meio da Receita Federal na Ação Penal n. 0003084-80.2016.4.03.6126, sem autorização judicial, devendo todos os elementos de informação e os deles decorrentes ser desentranhados da ação penal, cabendo ao Juízo de Direito da 3ª Vara Federal de Santo André/SP identificá-los, verificar em quais ações penais foram utilizados e analisar, pormenorizadamente, se as ações penais se sustentariam sem esses indícios.



## VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz:

### *I. Síntese dos fatos*

Segundo a denúncia juntada no *RHC n. 81.344/SP*, recurso este proposto em favor do corréu Mauro Zukerman e já apreciado por esta Corte – na oportunidade discutiu-se apenas a manutenção de medidas cautelares –, tanto ele quanto a ora recorrente, *Helena Plat Zukerman*, teriam obtido vantagem indevida, consubstanciada na aquisição de título originário de propriedade, em situação na qual eram proibidos de adquiri-lo, por valor muito abaixo do preço de mercado. Mauro era leiloeiro oficial, devidamente matriculado na Junta Comercial do Estado de São Paulo, e a ora recorrente, também leiloeira, é casada com ele sob regime de comunhão de bens.

O esquema seria sofisticado, segundo a narrativa do *Parquet*, porque, ao mesmo tempo em que *exerciam a atividade de leiloeiros oficiais, eram também sócios e administradores de várias sociedades empresárias devidamente registradas na Junta Comercial do Estado de São Paulo*. Todas essas sociedades teriam como objeto social a comercialização e a gestão de imóveis próprios e abrangeriam a compra, a venda, a locação, a incorporação e o loteamento.

Entretanto, “cientes de que o impedimento ao exercício da atividade comercial/empresarial, diretamente ou através da condição de sócio e/ou administrador, constitui informação juridicamente relevante que deve constar dos atos societários, os denunciados dolosamente inseriram falsas declarações de desimpedimento, bem como omitiram o impedimento em diversos contratos e alterações de contratos sociais” (fl. 60 do *RHC n. 81.344*).

Tais condutas tiveram por objetivo *burlar a proibição, imposta por instrução normativa (DNRC n. 113/2010), de aquisição, pelo leiloeiro, para si ou para pessoas de sua família, dos bens de cuja venda tenha sido incumbido*. E, assim, mediante o uso de uma série de falsidades ideológicas e de uma intrincada rede de participações societárias, a recorrente e o corréu burlaram não só a proibição imposta por lei ao exercício concomitante do ofício de leiloeiro e da atividade empresarial, como também a vedação de aquisição dos bens oferecidos em leilão pelo leiloeiro e/ou pessoas da sua família, e obtiveram vantagem indevida, *consubstanciada na arrematação, em hasta pública promovida pela 1ª Vara do Trabalho de Santo André – SP, de imóvel por valor muito abaixo do preço de mercado*.

Com o recebimento da denúncia e o desenvolvimento do processo, o:

*Ministério Público Federal requereu a juntada de cópia de dossiê integrado e das declarações de Imposto de Renda Pessoa Física - DIRPF, pessoa jurídica - DIRPJ e*

DIMOB relativas aos anos-calendários 2005, 2008, 2009, 2010, 2012 e 2013, dos contribuintes Mauro Zukerman, *Helena Plat Zukerman*, André Gregário Zukerman, Trento Leming Santo Anto André Imóveis Ltda, Leming Comercial e Imóveis LtdaGR Old England Ltda, Trento Leming Imóveis Ltda e TR-Leming Imóveis Ltda (fl. 38, grifei).

Tal procedimento é contestado, desde a origem, pela defesa. Assim, a controvérsia estabelecida neste recurso em habeas corpus cinge-se a saber se *o Ministério Público, diante da possível prática dos crimes de estelionato em detrimento de entidade de direito público, de falsidade ideológica e de uso de documento falso, pode requisitar, diretamente e sem autorização judicial, dados fiscais à Receita Federal, os quais serviriam para auxiliar no esclarecimento dos fatos e instruir a ação penal.*

No particular, merece registro o breve resumo do caso feito pelo Magistrado de primeiro grau, por ocasião do recebimento da denúncia. Veja-se (fl. 103):

A materialidade do delito é inconteste diante do farto material probatório reunido nos Inquéritos Policiais n. 2609/2015-1 e 2540/2013-1, nos quais há descrição minuciosa de atividades comerciais praticadas mediante a criação de 25 empresas de propósito específico - SPE, mas proibidas a leiloeiro, atividades estas que resultaram na obtenção de indevido proveito econômico em função do cargo de leiloeiro, considerando que tais empresas, de modo indireto, arrematavam bens nos leilões realizados pelo primeiro acusado, assim como foram constituídas mediante falsidade ideológica perante órgãos públicos (omissão do impedimento para constituição de empresa).

[...]

A atividade de leiloeiro oficial é regida pelo Decreto n. 21.981/1932 e Instruções Normativas DNRC 113/2010 e DREI 17/2013, os quais dispõem sobre a vedação ao leiloeiro oficial de exercer o comércio, integrar sociedade de qualquer espécie ou denominação, hem como adquirir, para si ou para pessoas de sua família, coisa de cuja venda tenha sido incumbido.

Embora cientes de tais proibições, por meio de uma série de supostas falsidades ideológicas e uma rede de participações societárias, os denunciados burlaram não só a proibição ao exercício concomitante do ofício de leiloeiro e da atividade empresarial, como também a vedação à aquisição dos bens oferecidos em leilão pelo leiloeiro e/ou pessoas de sua família, obtendo vantagens indevidas, consubstanciadas em aquisições, em hasta pública, por valores muito abaixo do preço de mercado.

Levado o feito a julgamento em 10/8/2021, foi proposta a afetação do tema a esta Terceira Seção, dada a sua relevância e, também, pelo fato de haver sido pontuado, pelo relator, Ministro *Sebastião Reis Júnior*, que a requisição ou o

requerimento feito de forma direta pelo órgão da acusação à Receita Federal não haveria sido enfrentada no julgamento do *Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP, deliberado em repercussão geral* (Tema 990).

*II. Controvérsia: distinção do caso em relação ao julgamento, em repercussão geral, do RE n. 1.055.941/SP*

Essa discussão, *como bem pontuou o relator, não se identifica* propriamente com o procedimento que ocorre nos casos em que há o compartilhamento de dados nos delitos tributários, situação na qual a autoridade fiscal, ao final de um procedimento administrativo e com a constituição do crédito tributário, antevê possível prática de crime e, diante disso, representa ao Ministério Público, com o envio dos dados fiscais sigilosos essenciais para a análise do órgão de persecução penal. ***É que, por ser o crime tributário, quase sempre, de natureza material, faz-se mister a apuração administrativa para que se conclua pela sua efetiva ocorrência.***

Na espécie, *não há procedimento fiscal instaurado no âmbito da Receita Federal, porque a investigação levada a cabo pelo Ministério Público não possui relação com a prática de crimes tributários, tampouco, originou-se de representação fiscal. Trata-se de requisição direta do Parquet à Receita Federal*, para que sejam fornecidos dados fiscais dos acusados.

Assim, o debate jurídico suscitado nesta oportunidade, *sob o prisma procedimental*, não se amolda perfeitamente ao caso julgado em ***repercussão geral pelo STF (RE n. 1.055.941/SP)***, que trata especificamente da possibilidade de haver o compartilhamento de dados entre a Receita e o MP nos crimes tributários. Na oportunidade, o Plenário assentou a seguinte tese:

*É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal que define o lançamento do tributo com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional (RE n. 1.055.941/SP, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 06/10/2020, destaqueei)*

Todavia, penso, especificamente quanto ao caso sob análise, que a distinção entre um e outro modo de acesso aos dados fiscais, *se considerada de modo isolado*, não justifica a conclusão e a adoção do entendimento de que somente na hipótese de compartilhamento de informações fiscais sigilosas, ocorrido em crimes tributários entre a autoridade fiscal-administrativa e o MP, é que seria

tolerada a ausência de autorização judicial; vale dizer, *seria precipitado concluir pela impossibilidade, no caso, de requisição direta desses mesmos dados pelo Ministério Público, a fim de subsidiar a ação penal deflagrada por delitos não tributários, mas que envolvem relevante interesse público.*

### *III. Requisição direta: inexistência de jurisprudência consolidada*

Inicialmente, convém assinalar, *em linhas gerais*, que a possibilidade de requisição direta de dados sigilosos pelo Ministério Público sem autorização judicial, para subsidiar investigação penal, é, no mínimo, controvertida na doutrina. Já em relação à jurisprudência do STJ e do STF, observa-se que *são raros os casos em que o exame desse tema não envolve processo por crime tributário ou por diversos delitos, incluindo o tributário*, situação que conduz à ideia de compartilhamento, e não de requisição, visto que neles há um procedimento administrativo instaurado, pelo menos em relação ao delito fiscal.

Diante disso, *realizei pesquisa na jurisprudência deste Superior Tribunal, em busca de precedentes que tratassem de outros crimes e que examinassem especificamente a possibilidade de requisição direta, pelo MP, de dados considerados sigilosos (fiscal ou bancário). O mais recente que encontrei foi o proferido no HC n. 160.646/SP, de relatoria do Ministro Jorge Mussi (DJe 19/11/2011), no qual a ação penal a que se reportava dizia respeito à prática do crime previsto no art. 228 do CP c/c a Lei n. 9.034/1995. Nele se discutiu, justamente, a legalidade do envio de declaração de imposto de renda diretamente ao MP, sem autorização judicial. O acórdão foi assim sumariado:*

*Habeas corpus. Quebra de sigilo fiscal realizada diretamente pelo Ministério Público. Requisição de cópias de declarações de imposto de renda sem autorização judicial. Ilícitude da prova. Desentranhamento dos autos. Concessão da ordem.*

1. Considerando o artigo 129, inciso VI, da Constituição Federal, e o artigo 8º, incisos II, IV e § 2º, da Lei Complementar 75/1993, há quem sustente ser possível ao Ministério Público requerer, diretamente, sem prévia autorização judicial, a quebra de sigilo bancário ou fiscal.

2. No entanto, numa interpretação consentânea com o Estado Democrático de Direito, esta concepção não se mostra a mais acertada, uma vez que o Ministério Público é parte no processo penal, e embora seja entidade vocacionada à defesa da ordem jurídica, representando a sociedade como um todo, não atua de forma totalmente imparcial, ou seja, não possui a necessária isenção para decidir sobre a imprescindibilidade ou não da medida que excepciona os sigilos fiscal e bancário.

3. A mesma Lei Complementar 75/1993 - apontada por alguns como a fonte da legitimação para a requisição direta pelo Ministério Público de informações contidas na esfera de privacidade dos cidadãos - dispõe, na alínea "a" do inciso XVIII do artigo 6º, competir ao órgão ministerial representar pela quebra do sigilo de dados.

4. O sigilo fiscal se insere no direito à privacidade protegido constitucionalmente nos incisos X e XII do artigo 5º da Carta Federal, cuja quebra configura restrição a uma liberdade pública, razão pela qual, para que se mostre legítima, se exige a demonstração ao Poder Judiciário da existência de fundados e excepcionais motivos que justifiquem a sua adoção.

5. *É evidente a ilicitude da requisição feita diretamente pelo órgão ministerial à Secretaria de Receita Federal, por meio da qual foram encaminhadas cópias das declarações de rendimentos do paciente e dos demais investigados no feito.*

6. Conquanto sejam nulas as declarações de imposto de renda anexadas à medida cautelar de sequestro, não foi juntada ao presente *mandamus* a íntegra do mencionado procedimento, tampouco o inteiro teor da ação penal na qual a citada documentação teria sido utilizada, de modo que este Sodalício não pode verificar quais "*provas e atos judiciais*" estariam por ela contaminados, exame que deverá ser realizado pelo Juízo Federal responsável pelo feito.

7. Ordem concedida para determinar o desentranhamento das provas decorrentes da quebra do sigilo fiscal realizada pelo Ministério Público sem autorização judicial, cabendo ao magistrado de origem verificar quais outros elementos de convicção e decisões proferidas na ação penal em tela e na medida cautelar de sequestro estão contaminados pela ilicitude ora reconhecida. (destaquei)

No STF, a par da existência de alguns precedentes que tratam da impossibilidade de requisição direta de dados bancários e, portanto, não propriamente de dados fiscais – por exemplo, o acórdão proferido no *AgRg no RE n. 318.136/RJ*, de relatoria do Ministro *Cezar Peluso* (DJ de 6/10/2006) –, *foi reconhecida repercussão geral na discussão sobre a obtenção de dados fiscais diretamente pelo Ministério Público Eleitoral (RE n. 1.296.829 RG/RS)*, portanto, ***em tema que envolve matéria de cunho eleitoral.***

No referido julgado, o cerne da controvérsia disse respeito à existência ou não de indevida quebra de sigilo fiscal, resguardado pelo art. 5º, X, da Constituição Federal, em situação na qual o *Ministério Público Eleitoral, sem prévia autorização judicial*, amparado em convênio firmado por meio da Portaria Conjunta SRF-TSE n. 74/2006 entre o Tribunal Superior Eleitoral e a Receita Federal do Brasil, *recebe desta informações fiscais referentes ao rendimento bruto da pessoa física ou ao faturamento bruto da pessoa jurídica.*

Assim, observa-se que o debate em torno da possibilidade ou não de requisição direta de dados fiscais pelo Ministério Público, para auxiliar a investigação ou para instruir ação penal deflagrada por crimes não tributários, *é bastante sensível, até pela envergadura constitucional de que se reveste o tema, e distante de uma sólida jurisprudência que coloque termo à questão.*

#### *IV. Procedimento administrativo fiscal versus sigilo fiscal*

Um ponto relevante que também deve vir à tona nessa discussão refere-se à própria distinção quanto ao modelo de aquisição dos dados sigilosos pelo *Parquet* (se por requisição ou por compartilhamento), *a qual se relaciona muito mais com a forma do procedimento do que com seu conteúdo.* De fato, *em qualquer uma dessas situações, é permitido que o Ministério Público tenha conhecimento sobre os dados fiscais sigilosos.*

De igual forma, é importante salientar que a possibilidade de acesso pelo *Parquet* não encontra esteio no fato de que, *no compartilhamento, há prévio processo administrativo fiscal instaurado junto à Receita Federal, o que não acontece com a requisição.* Em outras palavras, é importante ficar claro que uma coisa (processo administrativo) não se relaciona com a outra (sigilo fiscal), ou seja, *a existência de processo administrativo não se relaciona necessariamente com a proteção dada ao sigilo, este último um direito fundamental de matiz constitucional.*

De fato, o processo administrativo pode ou não conter, em suas diversas nuances e procedimentos internos, dados que são ou não considerados sigilosos (tais como os dados cadastrais). A noção de sigilo, pois, *diz respeito ao próprio conteúdo do direito à privacidade e à resistência ao seu devassamento*, de modo a ser interpretado como instrumento à concretização do direito fundamental à privacidade.

Assim, *o fundamento principal que ampara o sigilo fiscal* – quer a discussão se dê em caso de compartilhamento, quer se dê na hipótese de requisição pelo Ministério Público – *é o mesmo: garantia individual de inviolabilidade da intimidade e da vida privada*, prevista no art. 5º da Constituição Federal. O ordenamento jurídico impõe ao Estado a obrigação de guardar segredo sobre informações pessoais e patrimoniais dos contribuintes, que detém por força de sua atuação fiscalizatória e arrecadatória, visto que *o sigilo patrimonial é um desdobramento do direito à intimidade e à privacidade.*

Portanto, se o fundamento para a proteção é o mesmo, *por qual motivo haveria de distinguir-se uma situação de outra, relativamente à possibilidade ou*

*não de acesso aos dados fiscais pelo MP sem autorização judicial? Em minha ótica, os argumentos que respondem a esse questionamento não repousam na existência de procedimento administrativo prévio, mas no relevante interesse público objetivo envolvido tanto no objeto jurídico quanto no objeto material do crime.*

*V. Sigilo fiscal: transferência de sigilo da Receita para o MP*

Por ocasião do julgamento do RE n. 1.055.941/SP, já referido anteriormente, prevaleceu o entendimento de que *é possível o envio ao MP de todas as informações constantes no processo administrativo fiscal instaurado na Receita Federal, sem nenhuma limitação* – inclusive com extratos bancários e com a declaração de imposto de renda –, *independentemente de prévia autorização judicial*, de modo que a preservação da intimidade e da privacidade representadas pelo sigilo fiscal não seria comprometida com esse procedimento, sobretudo porque *haveria entre o órgão de persecução penal e a Fazenda pública uma espécie de transferência de sigilo.*

Em linhas gerais, significa dizer que ***o acesso aos dados fiscais deverá ser mantido em segredo pelos órgãos de fiscalização e de persecução penal envolvidos***, de sorte que o compartilhamento, segundo decidiu o STF, não se traduzirá em quebra de sigilo, mas apenas na *transferência desse encargo entre os entes envolvidos, o qual também deve ser preservado pelo Ministério Público, sob pena de responsabilização funcional.* E mais: constitui crime, *seja pelo membro do Ministério Público, seja por qualquer pessoa, vazar informação protegida por sigilo*, fora daquelas exceções previstas na legislação, tal como assentou o STF, de maneira inequívoca, no julgamento conjunto das ADIs n. 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, em 2016.

Nessa perspectiva, após longa análise de direito comparado, concluiu a Ministra *Cármen Lúcia*, no julgamento do referido recurso com repercussão geral previamente reconhecida – *o seu voto compôs o acórdão exarado no RE n. 1.055.941/SP* –, que quase todos os países desenvolvidos e democráticos seguem a diretriz de que *o sigilo pode ser transferido para diversas autoridades sem necessidade de autorização judicial, em razão da dimensão do interesse público envolvido*, nestes termos:

*Essa constatação do cuidado da matéria em Estados nacionais afasta a tese de que o fornecimento de dados sem a prévia autorização judicial afetaria direitos fundamentais dos cidadãos, pois, a ser verídica tal assertiva, estar-se-ia, a contrário*

*senso, sustentando que aqueles Estados que permitem a transferência direta do sigilo estariam violando esses direitos.*

Reitere-se, pois, a essencialidade do acesso de órgãos públicos a dados fiscais para ações efetivas de combate à corrupção, lavagem de dinheiro e crime organizado, dentre outros crimes.

Por esse motivo, a Receita Federal, por determinação legal, pode requerer informações cadastrais, bancárias e financeiras sobre pessoas cujos dados façam supor atuarem em situação financeiramente instável, incomum ou com algum grau de suspeição e, diante da aparência de ilicitude, devem comunicar ao Ministério Público esta circunstância.

*Tanto não importa quebra de sigilo bancário, mas compartilhamento de informações entre órgãos públicos, que continuam acobertadas pela não publicização, o que atende o princípio constitucional da privacidade.*

*O que se permite, no sistema jurídico, é que os órgãos estatais competentes tenham acesso a dado constante de acervo informativo específico em **benefício do atendimento a interesse público objetivo**. (Trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia no RE n. 1.055.941/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe 18/3/2021, p. 347-348)*

*Com essa dimensão e justificativa – exigências impostas pela preponderância do interesse público objetivo –, portanto, é que deve ser compreendida a transferência de informações da Receita Federal para o MP, subsidiada no disposto pelo art. 198, § 1º, I, do Código Tributário Nacional c/c o § 5º do art. 5º e parágrafo único do art. 6º da LC n. 105/2001, de sorte a não caracterizar, sob nenhum aspecto, a ocorrência de divulgação indevida dos dados a terceiros ou a exposição da pessoa a quem as informações se refiram.*

Ainda, nessa ordem de ideias, o raciocínio quanto à transferência dos dados fiscais e à obrigação de manutenção de sigilo pode ser também aplicado para o caso em que há requisição pelo *Parquet*, notadamente diante da prática de crimes que denotem a presença de relevante *interesse público objetivo*, que não pode ser confundido com o interesse público geral inerente à persecução penal do Estado por qualquer crime ou mesmo como interesse público secundário.

Penso que o *interesse público objetivo* aqui referenciado deve ser compreendido como aquele de que se ocupa o verdadeiro propósito da Administração Pública, em contraposição com àquelas necessidades que lhe são exclusivas enquanto pessoa jurídica. Como consectário, o comprometimento desse interesse público objetivo primordial pode desencadear, por conformação constitucional, a atuação do Ministério Público não só no âmbito penal, mas também no ajuizamento de ações civis públicas e de improbidade administrativa.

*VI. Estelionato praticado em detrimento da Justiça do Trabalho: relevante interesse público envolvido*

Com base nas considerações feitas anteriormente sobre a **distinção entre requisição e compartilhamento**, bem como sobre a ideia de transferência de sigilo nas hipóteses em que caracterizado relevante interesse público objetivo, procurarei demonstrar a seguir, com apoio em **duas premissas centrais ligadas ao caso concreto**, o motivo pelo qual, na espécie, entendo que *a requisição direta dos dados fiscais feita pelo MP prescindiria de autorização judicial*.

A **primeira relevante premissa** diz respeito ao fato de que, juntamente com a ação penal de que tratam os autos, foi instaurada a *Ação Civil Pública n. 0002621-75.2015.403.6126*. É o que se infere das informações prestadas pelo Magistrado de primeiro grau à fl. 38 (grifei):

[...] o Ministério Público Federal requereu o compartilhamento com a *Ação Civil Pública n. 0002621-75.2015.403.6126*, em trâmite perante este Juízo, das informações e documentos de movimentação bancária dos réus e das pessoas jurídicas envolvidas nos fatos delituosos, provas obtidas mediante o afastamento do sigilo bancário, **provas estas que interessam tanto à Ação Penal quanto à Ação Civil Pública**, proposta pelo Ministério Público Federal em face de Mauro Zukerman, Helena Plat Zukennan, ora paciente, e Trento Leming Santo André Imóveis Ltda, que tem por objeto a responsabilização, na esfera cível (impropriedade administrativa), pela prática dos mesmos fatos apurados na Ação Penal n. 0003084-80.2016.403.6126

Muito embora a referida ação possa até haver sido proposta com o intuito de apurar eventual ato de improbidade administrativa – segundo boa parte da doutrina, a ação por improbidade não se trataria de uma espécie de ação civil pública –, não há como descurar do fato de que, *independentemente de sua natureza e dos reflexos que venha produzir* (se considerarmos, por exemplo, que seja ação de improbidade, esses reflexos redundarão em penalidades que podem ir desde a cassação de direitos políticos, até a aplicação de multas, impedimentos de contratar com ente público etc.), *a sua propositura e existência, por si só, já indica a relevância do interesse público objetivo envolvido, que transborda, portanto, o simples interesse na persecução penal*.

De fato, os atos de improbidade administrativa são aqueles praticados por agentes públicos, no exercício de sua função ou mediante aproveitamento dela, com ou sem a participação de terceiros, que, de algum modo, geram enriquecimento ilícito, *dano ao patrimônio público ou violação de princípios da administração pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e*

*eficiência. Assim, nas ações de improbidade, que possuem natureza punitiva, há o propósito maior de assegurar e preservar princípios administrativos centrais, além de garantir a qualidade necessária dos serviços prestados pelos entes públicos.*

Em reforço, registro que, no âmbito cível, esta Corte, *em casos nos quais houve o ajuizamento de ação civil pública, tem privilegiado o amplo acesso do MP aos dados fiscais (e bancários)*. Desde o julgamento do RMS n. 31.362/GO, exarado pela Segunda Turma, *ainda em 2010*, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, este Superior Tribunal firmou a compreensão – que ainda se mantém – de que, como o Ministério Público, nessas ações, também atua na defesa do interesse público coletivo de alta relevância, este deve ter o mesmo tratamento que o dado ao Fisco. O referido aresto foi assim sumariado, no que interessa:

A exemplo do entendimento consagrado no STJ, no sentido de que nas Execuções Fiscais a Fazenda Pública pode requerer a quebra do sigilo fiscal e bancário sem intermediação judicial, *tal possibilidade deve ser estendida ao Ministério Público, que possui atribuição constitucional de requisitar informações para fins de procedimento administrativo de investigação, além do fato de que ambas as instituições visam ao bem comum e ao interesse público.* (RMS n. 31.362/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 16/10/2010, destaquei).

Nesse sentido, também o STF:

[...]

Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao tratar de requisição, pelo Tribunal de Contas da União, de registros de operações financeiras, *“o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos”* (MS n. 33.340/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 3/8/15). 2. Assentou-se nesse julgado que as *“operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar n. 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal (...)”*. 3. **O Supremo Tribunal Federal reconheceu ao Ministério Público Federal o poder de requisitar informações bancárias relativas a empréstimos subsidiados pelo Tesouro Nacional, ao fundamento de que “se se trata de operação em que há dinheiro público, a publicidade deve ser nota característica dessa operação”** (MS n. 21.729/DF, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Néri da Silveira, DJ 19/10/01. [...]) (RHC n. 133.118/CE, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe 8/3/2018, grifei)

A *segunda premissa* para se concluir que, no caso dos autos, a requisição direta dos dados fiscais feita pelo MP não exigiria prévia autorização judicial

repousa no fato de que *foi deferida, por decisão judicial, a quebra de sigilo bancário em momento anterior à requisição dos dados fiscais*, conforme informações de fl. 38 (destaquei):

[...] o pleito da Acusação, referente à **quebra de sigilo bancário, foi deferido, uma vez que o afastamento do sigilo bancário e acesso aos dados cadastrais e movimentação bancária dos correntistas mostraram-se indispensáveis ao prosseguimento da ação, sendo o único meio para a elucidação do ilícito penal.**

E ainda (fl. 38):

[...]

Aos 20 de maio de 2016 foi expedido Ofício ao BACEN, comunicando a decretação da quebra de sigilo bancário, bem como requisitando informações sobre os dados cadastrais e movimentação bancária dos envolvidos (fls. 373/374), as quais foram juntadas às fls. 734/745 e 748.

Por esse ângulo (que deve ser somado ao anterior), a própria existência de decisão que determinou a quebra do sigilo bancário, devidamente amparada por decisão judicial, *já enfraquece o conteúdo do sigilo fiscal – que serviu, na hipótese, apenas como complementação das informações já disponíveis ao MP –*, visto que ambos possuem uma relação quase simbiótica. Tanto isso é verdade que os procedimentos administrativos instaurados pela autoridade fiscal geralmente contêm informações sobre dados bancários.

Aliás, o próprio STF, na tese firmada no *RE n. 1.055.941/SP*, assinalou que seria legítimo o compartilhamento com o Ministério Público e as autoridades policiais, para fins de investigação criminal, da integralidade dos **dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pela Receita Federal e pela Unidade de Inteligência Financeira (UIF)**, sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário.

#### *VII. Possibilidade de requisição dos dados fiscais pelo MP no caso concreto*

Por todo o exposto e, uma vez que é permitido o franco acesso a informações fiscais não só por autoridades administrativas, mas também pelo Ministério Público, com a finalidade de apuração de infrações penais tributárias, *soa desarrazoado não permitir o acesso direto desses dados pelo Ministério Público, via requisição, na hipótese em que há relevante interesse público objetivo – tal como ocorre com os delitos fiscais – e no qual já foi determinada, judicialmente, a quebra de sigilo bancário*, exatamente como verificado no caso dos autos.

*Sob o prisma ontológico, se confrontada a hipótese dos autos com aqueles casos em que se permite o compartilhamento, é possível constatar que não há distinção entre eles quanto ao interesse público objetivo envolvido. Deveras, não é sem motivo que o delito previsto no art. 171, § 3º, do CP é conhecido como estelionato contra entidade da Administração Pública.*

*Nesses casos, a requisição deve ser compreendida não como quebra de sigilo, mas como a transferência dele, do mesmo modo que ocorre com o compartilhamento. Essa me parece ser a tendência da jurisprudência, sobretudo diante do cenário internacional, no qual é possível constatar que cada vez mais diversos países têm flexibilizado o acesso de órgãos públicos a dados fiscais (e também bancários), notadamente para que se possa fazer frente ao crescente aumento do crime organizado, da lavagem de dinheiro, do tráfico de drogas e da corrupção com o envolvimento de agentes públicos.*

Em linhas gerais, alguns ordenamentos estrangeiros apontam que o conteúdo dos dados fiscais deve ser mantido em sigilo pelos órgãos fiscalizatórios que dele dispõem, mas com acesso ao Ministério Público, a quem caberá a responsabilidade por mantê-los nessa condição, em nítida alusão ao modelo de transferência de sigilo adotado no compartilhamento.

Nessa diretriz, como bem pontuou o acórdão impugnado e o voto da Ministra *Cármen Lúcia* referenciado linhas atrás, estão os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, os quais aconselham a flexibilização do sigilo como forma de aprimorar o combate às diversas formas de criminalidade organizada e transnacionais. Nesse ponto, também se extrai do acórdão proferido pelo Tribunal de origem o seguinte (fl. 53):

Vai sem dizer, ainda, que **os instrumentos internacionais e organizações de que o Brasil faz parte aconselham firmemente a flexibilização do sigilo bancário** como forma de aprimorar o combate à criminalidade organizada. Nesse sentido, a *Recomendação n. 9 do GAFI-Grupo de Ação Financeira* - organização internacional encarregada do combate à lavagem de dinheiro em âmbito mundial -, além de manifestações específicas que já foram dirigidas ao Brasil.

Oportuno, ainda, mencionar as lições de Ricardo Lobo Torres, quando retrata algumas especificidades de diversos países sobre o tema:

*Nos Estados Unidos, a matéria jamais foi alçada a direito fundamental, e a Administração Fiscal sempre teve a possibilidade de ampla investigação. Na Alemanha, o sigilo bancário não é protegido nem pela Constituição, nem pelas leis ordinárias; a abertura de contas pode ser pedida pelas autoridades fiscais no*

exercício de atividade fiscalizadora regular, nos procedimentos de investigação e nos processos criminais [...] Na *Áustria*, o art. 38 da lei bancária prevê o *levantamento do segredo* no caso de razoável suspeita de lavagem de dinheiro ou do pedido de autoridade administrativa nos casos de violações fiscais. Na *Itália*, havia o *tabu do segredo bancário*, que aos poucos começou a ser desmitificado diante da necessidade de acertar o passo com as outras nações da União Europeia e da pressão da opinião pública contra o crescimento da evasão fiscal [...] Na *França*, reconhece-se a possibilidade de desvendamento do sigilo bancário no interesse da Administração, o que compreende a comunicação sobre a transferência de fundos ao estrangeiro ou vindos do exterior [...]. (TORRES, Ricardo Lobo. Sigilos bancário e fiscal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 155).

#### VIII. *Sigilo fiscal: necessidade de tratamento isonômico*

Todas as considerações feitas anteriormente devem ser somadas ao fato de que a Constituição Federal dispensou tratamento peculiar e de alta relevância ao Ministério Público, o qual tem caráter de instituição permanente essencial à Justiça e goza de autonomia administrativa e funcional. Entre as suas funções, estão elencadas as de promoção privativa da ação penal pública (art. 129, I, da CF) e de requisição de diligências investigatórias e de instauração de inquérito policial (art. 129, VIII, da CF).

Para exercer, a contento, o monopólio sobre a titularidade do poder de agir no âmbito de ação penal de iniciativa pública, não há dúvidas de que o *Parquet* necessita de meios hábeis para tornar o mais eficaz possível a persecução penal, de tal sorte que seria verdadeiro contrassenso confiar-lhe atribuições de tal grandeza e, ao mesmo tempo que se permite o compartilhamento para os crimes tributários, impedir-lhe a requisição nos demais crimes que envolvem, em alguma medida, lesão à Administração Pública.

Por isso, também nas requisições em casos específicos como o dos autos e com a finalidade de dar um tratamento isonômico à forma de aquisição e conhecimento do conteúdo dos dados fiscais, o Ministério Público há de ter acesso a essas informações, ainda que sem autorização judicial, mormente porque já de posse de todos os dados bancários, cujo acesso foi deferido judicialmente.

#### IX. *Conclusão*

Como bem pontuado pelo Ministro *Ribeiro Dantas*, cujas ponderações feitas oralmente acolho na integralidade, em virtude de sintetizarem o que

até aqui foi dito, *no caso em que não houver procedimento administrativo fiscal ou de outra natureza, mas a Fazenda tiver informações que possam ser úteis para fazer prova em situação de claro interesse público já sob exame judicial, tanto que o próprio Fisco estaria juridicamente respaldado a fazer o respectivo compartilhamento com o Ministério Público, este pode endereçar, quanto a tais dados específicos — afastada, portanto, a hipótese de fishing expedition —, um pedido direto ao órgão de Administração Fazendária, caracterizando-se, no caso, não quebra, mas mera transferência de sigilo, com todas as consequências daí decorrentes.*

#### X. Dispositivo

À vista do exposto, peço vênia ao eminente Ministro relator para *negar provimento ao recurso em habeas corpus.*

#### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Sr. Presidente, integrar essa Seção é uma responsabilidade muito grande, porque a qualidade daqueles que a constituem nos leva a meditações mais e mais profundas.

Ouvi ambos os votos, e, embora minha inclinação original fosse pela ideia do Ministro Sebastião Reis, o Ministro Rogerio Schietti mostrou que o Ministério Público precisa ter condição de atuar em casos em que haja o interesse público claro, como é o caso presente.

Eu penso, e consegui até agora, durante a leitura, fazer um adendo, um fecho, em que possamos dizer, como proponho, se evidentemente o Ministro Schietti, ou quem o acompanhar, aceitar, se assim for o caso, minha sugestão, dizendo o seguinte:

No caso em que não houver Procedimento Administrativo Fiscal, ou de outra natureza, mas a Fazenda tiver informações que possam ser úteis para fazer prova em situação de claro interesse público, já sob exame judicial, tanto que o próprio fisco estaria juridicamente respaldado a fazer o respectivo compartilhamento com o Ministério Público, esse pode fazer, quanto a tais dados específicos, afastada, portanto, a hipótese de *fishing expedition*, um pedido direto ao órgão de administração fazendária, caracterizando-se, no caso, não quebra, mas mera transferência de sigilo, com todas as consequências daí decorrentes.

Com esse acréscimo, eu me acosto ao pensamento do Ministro Rogerio Schietti e entendo que, com esses cuidados, afastamos a possibilidade de que se diga que estará havendo um cheque em branco.

Assim, acompanho a divergência.

É o voto.

### VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT): Exmo. Sr. Presidente, em primeiro lugar, gostaria de cumprimentar as ilustres advogadas que ocuparam a tribuna e o eminente Procurador de Justiça, Dr. Francisco Xavier, por suas explanações.

Confesso que o voto divergente do Ministro Rogerio Schietti me impressionou bastante pela sua percuciência, pela análise profunda que fez do caso, em concreto, justificando essa permissão para que o Ministério Público faça a requisição direta à Receita Federal sem o devido controle judicial, mas meu pensamento se coaduna mais com o voto do Relator.

Estava lendo a ementa do *habeas corpus* ora recorrido do Tribunal de origem, que diz, no item 1, o seguinte:

*“1. Interpretação do art. 5º, X, da Constituição deve guardar consonância com a realidade. Vivemos momento de alastramento da corrupção e da criminalidade organizada como um todo, inclusive do terrorismo, de maneira que os órgãos de investigação devem ser fortalecidos nas suas funções.”*

Está dizendo, grosso modo, que os fins justificariam os meios. Penso que os fins não justificam os meios. Os fins não justificam os meios jamais. O voto do Ministro Rogerio Schietti, embora em outras palavras, também procura justificar-se nesta necessidade de se combater, de forma melhor, o crime.

Penso que o art. 5º da Constituição, que trata das garantias fundamentais do cidadão brasileiro, deve ser interpretado de outra forma, como disse o Ministro Olindo. Deve ser visto realmente como uma garantia do cidadão. Eu não gostaria de ter minha vida devassada, sem o controle judicial, por qualquer motivo.

O Ministro Saldanha também muito bem abordou essa questão do controle judicial, até porque o controle judicial não inibe, de qualquer forma, que esses dados sejam obtidos pelo Ministério Público. Como bem disse o Ministro Sebastião Reis, esses dados estão lá, eles não vão desaparecer. Eles podem ser acessados a qualquer momento.

Então, qual seria a dificuldade de o Ministério Público obter esses dados através de uma autorização judicial? Seria uma forma de controle e de uma

garantia efetiva do cidadão. Pode não obstar vazamentos, porque isso pode ocorrer mesmo. Como bem disse o Ministro, esses dados podem ser vazados pela polícia, pelo Ministério Público, até pelo juiz, pelos servidores, por alguém, mas seria uma forma de controle a mais.

Não pretendo me igualar ao douto Relator e ao Ministro Schietti nos seus fundamentos, mas meu pensamento se coaduna melhor com o voto do eminente Relator e, por isso, vou segui-lo na íntegra. Peço vênias para subscrever seus fundamentos.

Voto com o eminente Relator.

#### VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Parabênz os eminentes Ministros pelos judiciosos fundamentos apresentados em seus votos e peço vênias para tecer breves considerações a respeito desta relevante questão, concernente à possibilidade de requisição direta de dados fiscais pelo Ministério Público, sem intervenção judicial.

Inicialmente, observo que o compartilhamento de dados *bancários* sem intervenção judicial encontra respaldo normativo exposto na Lei Complementar 105/01, tendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconhecido a constitucionalidade da prática, por ocasião do julgamento do RE 601.314/SP (Tema 225), ocasião em que a Suprema Corte fixou a seguinte tese: “o art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

Por sua vez, o intercâmbio de informações *fiscais* sigilosas, sem prévia autorização judicial, encontra amparo legal no Código Tributário Nacional, alcançando tanto autoridades administrativas, como o Ministério Público, consoante se extrai do art. 198, §§ 2º e 3º, inciso I. A respeito do tema, vale transcrever trecho da decisão do Ministro Gilmar Mendes no ARE 953.058/SP, oportunidade em que se destacou que “a teor do art. 198, § 3º, inciso I, do Código Tributário Nacional (com redação dada pela Lei Complementar 104/2001), não é vedada a divulgação de informações, para representação com fins penais, obtidas por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do

*ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.”*

Em recente julgado, a Suprema Corte voltou a se manifestar a respeito da constitucionalidade do compartilhamento de dados financeiros e fiscais, ao julgar o RE 1.055.941/SP (tema 990), conforme já referido pelos eminentes pares nos seus judiciosos votos.

Em que pese a inexistência de identidade plena entre os referidos precedentes do Supremo Tribunal Federal e o presente caso, a alusão aos julgados nos permite identificar o caminho que a jurisprudência vem trilhando no sentido de reconhecer a licitude do compartilhamento de dados entre autoridades públicas, indicando as hipóteses em que o procedimento não conflita com o direito à privacidade constitucionalmente consagrado.

Especificamente a respeito do Ministério Público da União, o respaldo legal para a requisição direta de dados sigilosos está previsto no art. 8º da Lei Complementar 75/1993, sendo o § 2º explícito ao dispor que “*Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.*”

O texto legal deixa claro, portanto, que *é possível o compartilhamento direto dos dados com o Parquet e, principalmente, que tais dados preservarão o seu aspecto sigiloso*, prevendo o § 1º do mesmo dispositivo a responsabilização civil e criminal do responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar.

No mesmo sentido, vale transcrever o elucidativo trecho do voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia no RE 1.055.941/SP (tema 990):

Tanto não importa quebra de sigilo bancário, mas compartilhamento de informações entre órgãos públicos, que continuam acobertadas pela não publicização, o que atende o princípio constitucional da privacidade. O que se permite, no sistema jurídico, é que os órgãos estatais competentes tenham acesso a dado constante de acervo informativo específico em benefício do atendimento a interesse público objetivo.

Por outro lado, entendo ser legítima a preocupação de se delimitar com cautela esse poderoso instrumento de atuação, dado o assento constitucional do direito fundamental à privacidade. Evidentemente que não se trata de permitir que o Estado administrador compartilhe com o Estado persecutório

a integralidade dos dados de que dispõe, muito menos de autorizar que o Ministério Público requirite dados através de uma procura especulativa (*fishing expedition*), selecionando alvos aleatórios.

No entanto, a requisição direta de dados sigilosos, feita no contexto de apuração de fatos ainda não judicializados, amparada em relevante interesse público concreta e objetivamente delimitado e realizada através de comunicação formal que possibilite a identificação do agente responsável, assim como a apuração de eventuais abusos através dos órgãos de controle interno e externo, resguarda o direito à privacidade e, ao mesmo tempo, confere aplicabilidade concreta aos dispositivos legais que autorizam o compartilhamento ou a requisição, independente de autorização judicial.

No caso concreto, como já destacou o Ministro *Rogério Schietti* em seu alentado voto, não há dúvida de que a requisição direta foi amparada em elementos concretos e objetivos que indicavam a sua necessidade, tendo respaldado de forma cautelosa a apuração de possível cometimento de crimes de estelionato contra ente público, falsidade ideológica e uso de documento falso. Outrossim, o prévio afastamento judicial do sigilo bancário, no contexto de ação civil pública que apura os mesmos fatos, também enfraquece o argumento de violação do direito à privacidade.

Feitas essas breves considerações, peço vênua ao eminente Relator para acompanhar a divergência e *negar provimento* ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.925.861-SP (2021/0065671-3)**

---

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Relatora para o acórdão: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Luiz Paulo Sampaio Kauffmann (Preso)

Advogados: José Padua Medeiros Neto e outro(s) - SP419767

Rafael Passos de Gois - SP442464

Interes.: Defensoria Pública da União - “Amicus Curiae”

## EMENTA

Recurso especial admitido como representativo da controvérsia. Julgamento submetido à sistemática dos recursos repetitivos. Execução penal. Pena restritiva de direitos e pena privativa de liberdade. Execução simultânea. Recurso especial desprovido.

1. A lei contempla a possibilidade de conversão da pena restritiva de direitos quando o apenado vem a ser posteriormente condenado à pena privativa de liberdade. Inteligência dos arts. 44, § 5º, do Código Penal e 181, § 1º, *e*, da Lei n. 7.210/84.

2. Os arts. 44, § 5º, do Código Penal e 181, § 1º, *e*, da Lei n. 7.210/84, não amparam a conversão na situação inversa, qual seja, aquela em que o apenado já se encontra em cumprimento de pena privativa de liberdade e sobrevém nova condenação em que a pena corporal foi substituída por pena alternativa.

3. Em tais casos, a conversão não conta com o indispensável amparo legal e ainda ofende a coisa julgada, tendo em vista que o benefício foi concedido em sentença definitiva e, portanto, somente comporta a conversão nas situações expressamente previstas em lei, em especial no art. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal.

4. A pena restritiva de direitos serve como uma alternativa ao cárcere. Logo, se o julgador reputou adequada a concessão do benefício, a situação do condenado não pode ser agravada por meio de interpretação que amplia o alcance do § 5º do art. 44 do Código Penal em seu prejuízo, notadamente à vista da possibilidade de cumprimento sucessivo das penas.

5. Recurso especial desprovido, com a fixação da seguinte tese: *“Sobrevindo condenação por pena privativa de liberdade no curso da execução de pena restritiva de direitos, as penas serão objeto de unificação, com a reconversão da pena alternativa em privativa de liberdade, ressalvada a possibilidade de cumprimento simultâneo aos apenados em regime aberto e vedada a unificação automática nos casos em que a condenação substituída por pena alternativa é superveniente.”*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, retomado o julgamento, após o voto-vista (coletiva) do Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik, acompanhando a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Laurita Vaz, negando provimento ao recurso especial, e os votos dos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Otávio de Noronha e Rogerio Schietti Cruz no mesmo sentido, por maioria, negar provimento ao recurso especial, fixando a seguinte tese: “*Sobrevindo condenação por pena privativa de liberdade no curso da execução de pena restritiva de direitos, as penas serão objeto de unificação, com a reconversão da pena alternativa em privativa de liberdade, ressalvada a possibilidade de cumprimento simultâneo aos apenados em regime aberto e vedada a unificação automática nos casos em que a condenação substituída por pena alternativa é superveniente*”, nos termos do voto da Sra. Ministra Laurita Vaz, que lavrará o acórdão. Vencido o Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator), que dava provimento ao recurso especial.

Votaram com a Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora para acórdão) os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e João Otávio de Noronha. Votou vencido o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 27 de abril de 2022 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

---

DJe 28.6.2022

---

#### EMENTA

Recurso especial representativo de controvérsia. Execução penal. Pena restritiva de direitos e pena privativa de liberdade. Execução simultânea. Reconversão da primeira em privativa de liberdade. Possibilidade. Impossibilidade de cumprimento simultâneo constatada no caso. Acórdão impugnado cassado. Decisão do Juízo da Execução restabelecida.

1. O art. 76 do Código Penal somente é aplicável ao concurso de infrações quando as penas privativas de liberdade são diferentes

(detenção e reclusão). Em se tratando de execução simultânea de pena privativa de liberdade e restritivas de direitos, não há que se cogitar da incidência do art. 76 do Código Penal, sendo aplicável a unificação prevista no art. 111 da Lei de Execução Penal.

2. Sobrevindo nova condenação no curso da execução, incumbe ao Juízo das Execuções Criminais proceder à unificação das penas e, eventualmente, caso constatada a impossibilidade de cumprimento simultâneo, efetivar a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, com fundamento nos arts. 44, § 5º, do CP e 181, § 1º, *e*, da LEP.

3. Recurso especial provido para cassar o acórdão proferido no julgamento do Agravo de Execução Penal n. 0005468-66.2020.8.26.0996, restabelecendo a decisão do Juízo de primeiro grau, que determinou a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Acolhida a seguinte tese: a imposição de penas de naturezas distintas - restritiva de direitos e privativa de liberdade - a um mesmo apenado, verificada no curso da execução, deve ensejar a unificação e a reconversão da primeira em privativa de liberdade, se constatada a impossibilidade de cumprimento simultâneo.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público de São Paulo, fundado no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, contra os acórdãos do Tribunal de Justiça local exarados no julgamento do Agravo de Execução Penal n. 0005468- 66.2020.8.26.0996 e dos Embargos de Declaração Criminal n. 0005468- 66.2020.8.26.0996/50000, assim ementados (fls. 76 e 96):

Agravo em execução penal. Pena privativa de liberdade anterior. Superveniência de condenação definitiva à pena de prestação de serviços à comunidade. Incompatibilidade de cumprimento simultâneo. Conversão da pena alternativa em pena corporal. Impossibilidade.

1. Se o reeducando cumpre pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto e sobrevém-lhe condenação definitiva à pena restritiva de direitos, com incompatibilidade de cumprimento simultâneo das sanções, a pena alternativa e o prazo prescricional da sua pretensão executória devem ser suspensos, nos termos dos artigos 76 e 116, parágrafo único, ambos do Código Penal, mas não convertida a restritiva de direitos em pena corporal. Precedentes.

2. No caso, não se aplica a norma jurídica estampada nos artigos 44, § 5º, do Código Penal, e 181, § 1º, “e”, da Lei de Execução Penal, já que tais dispositivos tratam da hipótese inversa, em que, durante o cumprimento de pena restritiva de direitos, sobrevém ao sentenciado condenação definitiva à pena privativa de liberdade, com incompatibilidade de cumprimento simultâneo das sanções.

3. Agravo defensivo provido, para cassar a respeitável decisão recorrida e determinar a suspensão do cumprimento e do prazo prescricional da pena restritiva de direitos referente à execução n. 0015576-91.2019.8.26.0996, até que haja compatibilidade de execução simultânea com as penas privativas de liberdade em cumprimento ou que estas sejam integralmente descontadas.

Embargos de declaração em agravo em execução penal. Omissão. Não ocorrência. Pretensão de atribuir efeitos infringentes aos embargos. Impossibilidade.

1. Tendo o v. acórdão prolatado por esta Egrégia Câmara de Direito Criminal abordado as matérias ventiladas pelas partes, com exposição dos fatos e motivos jurídicos de forma clara, não há que se falar em omissão no *decisum*.

2. Os embargos declaratórios não possuem efeitos infringentes e são cabíveis apenas para reparar vícios de omissão, contradição, obscuridade ou ambiguidade da decisão judicial, não verificados na espécie.

3. Embargos de declaração rejeitados.

Nas razões do recurso especial, o órgão ministerial aduziu que a Corte de origem contrariou e negou vigência *ao disposto no art. 44, § 5º, e art. 76, ambos do Código Penal, e ao disposto no art. 181, § 1º, alínea ‘e’, da Lei de Execução Penal, bem como dissentiu do anterior julgamento* desta Corte (fl. 120).

Alegou, em suma, que a imposição de pena privativa de liberdade, por força de nova condenação, seja ela posterior ou anterior, ao condenado à pena restritiva de direitos implica na impossibilidade de cumprimento simultâneo das penas, sendo o caso, pois, de promover a unificação e a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

Contrarrazões às fls. 148/153.

A Corte de origem admitiu o recurso (fl. 156).

Devidamente autuado nesta Corte, os autos foram encaminhados ao Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que, diante da controvérsia suscitada, qualificou o presente recurso especial como representativo da controvérsia e candidato à afetação, impondo ao feito o rito estabelecido pelos arts. 256 ao 256-D do RISTJ, determinando,

ainda, o encaminhamento dos autos ao Ministério Público Federal para que se manifestasse acerca da admissibilidade do apelo para tramitar como representativo da controvérsia (fls. 164/166).

O Ministério Público Federal, por sua vez, manifestou-se nos termos do parecer assim ementado (fl. 174):

*Penal e Processual. Penal. Recurso especial representativo de controvérsia. Agravo em execução penal. Unificação de penas. Penas restritiva de direitos e privativa de liberdade. Impossibilidade de cumprimento simultâneo ante incompatibilidade. Conversão da pena alternativa. Possibilidade. Parecer pelo recebimento do recurso ministerial como representativo da controvérsia e, ao final, pelo provimento.*

Em julgamento efetivado em 14/9/2021, a Terceira Seção acolheu a proposta de afetação ao rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 e 256 ao 256-X do RISTJ, nos termos do acórdão assim ementado (fl. 200):

Proposta de afetação. Recurso especial representativo da controvérsia. Execução penal. Pena restritiva de direitos e pena privativa de liberdade. Execução simultânea.

1. Delimitação da controvérsia: definir se a imposição de penas de natureza distinta - restritiva de direitos e privativa de liberdade - a um mesmo apenado, verificada no curso da execução, deve ensejar a unificação e a reconversão da primeira em privativa de liberdade, ante a impossibilidade de cumprimento simultâneo.

2. Afetação do recurso especial ao rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 e 256 ao 256-X do RISTJ.

A Defensoria Pública da União, na condição de *amicus curiae*, apresentou manifestação no sentido da admissibilidade do recurso, mas, no mérito, pelo desprovimento do reclamo, a fim de que se reconheça a possibilidade de cumprimento simultâneo das penas impostas ao recorrido (fls. 209/215).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): A questão suscitada no recurso já foi objeto de inúmeros julgados desta Corte e cinge-se em definir se a imposição de penas de naturezas distintas - restritiva de direitos e privativa de liberdade - a um mesmo apenado, verificada no curso da execução, deve

ensejar a unificação e a reconversão da primeira em privativa de liberdade, ante a impossibilidade de cumprimento simultâneo.

No mérito, assiste razão ao recorrente.

Ora, o art. 76 do Código Penal somente é aplicável ao concurso de infrações quando as penas privativas de liberdade são diferentes (detenção e prisão).

Sobre o tema, destaco:

*Habeas corpus*. Execução penal. Cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado. Superveniência de condenação a penas restritivas de direitos. Incompatibilidade de cumprimento simultâneo das sanções penais. Unificação. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem de *habeas corpus* denegada.

1. Inexiste constrangimento ilegal na decisão do Juízo das Execuções que converte a condenação definitiva à pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, ao unificá-la com sanções penais anteriormente impostas, quando impossível o cumprimento simultâneo das reprimendas. Inteligência do art. 111, parágrafo único, da Lei de Execução Penal.

2. “Prevalece o entendimento de que o art. 76 do CP somente é aplicável ao concurso de infrações (art. 69 do CP) quando as penas privativas de liberdade são diferentes (detenção e prisão)” (AgRg no HC n. 424.866/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018).

3. Ordem de *habeas corpus* denegada.

(HC n. 464.488/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 12/12/2018 - grifo nosso)

Com efeito, em se tratando de execução simultânea de pena privativa de liberdade e restritiva de direitos, não há que se cogitar da incidência do art. 76 do Código Penal, sendo aplicável a unificação prevista no art. 111 da Lei de Execução Penal:

art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

No mesmo sentido, confira-se:

Penal e execução penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Nova orientação jurisprudencial. Paciente que cumpre pena privativa

de liberdade em regime semiaberto. Nova condenação a sanções restritivas de direito. Impossibilidade de cumprimento concomitante ou de suspensão das penas alternativas. Conversão das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade que se impõe. Necessidade de unificação das penas. Interpretação dos arts. 76 e 111 do Código Penal e do art. 181, § 1º da LEP. *Habeas corpus* não conhecido.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

II - Esta Corte pacificou entendimento no sentido de que, no caso de nova condenação a penas restritivas de direito a quem esteja cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado ou intermediário, é inviável a suspensão do cumprimento daquelas - ou a execução simultânea das penas. Nesses casos, nos termos do art. 111 da LEP, deve-se proceder à unificação das penas, *não sendo aplicável o art. 76 do Código Penal*.

*Habeas Corpus* não conhecido.

(HC n. 346.851/RS, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 5/5/2016)

Assim, sobrevindo nova condenação no curso da execução, incumbe ao Juízo das Execuções Criminais proceder à unificação das penas e, eventualmente, caso constatada a impossibilidade de cumprimento simultâneo, efetivar a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade com fundamento nos arts. 44, § 5º, do CP e 181, § 1º, e, da LEP:

art. 44. (...)

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.

§ 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

[...]

e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

Entre os diversos precedentes desta Corte nesse sentido, destaco os mais recentes das Turmas que integram a Terceira Seção:

*Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Execução penal. Unificação de penas. Impossibilidade de cumprimento simultâneo de pena restritiva de direitos e privativa de liberdade em regime fechado. Reconversão. Possibilidade. *Writ* não conhecido.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal ? STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A superveniência de nova condenação que impossibilite o cumprimento simultâneo das reprimendas, independentemente de a condenação à pena restritiva de direitos ser anterior ou posterior à privativa de liberdade, justifica a reconversão daquela e a consequente unificação, nos termos do art. 111 da Lei n. 7.210/84.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 696.993/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 26/10/2021)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Execução penal. Pena restritiva de direitos. Superveniência de condenação à pena privativa de liberdade. Regime inicial semiaberto. Cumprimento simultâneo. Incompatibilidade. Reconversão. Possibilidade. Ilegalidade. Ausência. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido.

1. O acórdão recorrido harmoniza-se com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, havendo a incompatibilidade no cumprimento simultâneo das reprimendas na hipótese de condenação superveniente por pena privativa de liberdade, não há ilegalidade na reconversão da pena restritiva de direitos.

2. Estando o acórdão recorrido em consonância com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a incidência da Súmula 83/STJ, a obstar o processamento do recurso especial.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 1.700.324/GO, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 16/9/2020)

Cumpra ressaltar, no entanto, que a reconversão da pena substitutiva em privativa de liberdade não é consequência automática da imposição de penas de naturezas distintas (privativa de liberdade e restritivas de direitos), verificadas no curso da execução, pois há hipóteses em que é possível vislumbrar a possibilidade de cumprimento simultâneo dessas penas, como bem observado na lição de NUCCI:

[...]

Quando houver nova condenação, durante o gozo de pena restritiva de direitos, a reconversão não é automática (art. 44, § 5º, CP). É imprescindível que haja impossibilidade de cumprimento cumulativo das penas (restritiva de direitos + privativa de liberdade). Assim, se a segunda pena, apesar de privativa de liberdade, for cumprida no regime aberto, mormente na modalidade de prisão albergue domiciliar, nada impede que o condenado execute, concomitantemente, a restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, por exemplo.

[...]

(NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 16ª ed, Rio de Janeiro: Forense: 2020, epub)

Aliás, nesse sentido, esta Corte já decidiu:

Execução penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Unificação de penas. Duas condenações em restritivas de direitos. Ausência de fundamentação idônea no acórdão de origem. Atual jurisprudência do STJ. Compatibilidade entre penas. Constrangimento ilegal evidenciado. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento da Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

II - Com efeito, "A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se pela possibilidade de cumprimento simultâneo de pena privativa de liberdade em regime aberto com as reprimendas restritivas de direitos fixadas em condenação superveniente, desde que haja compatibilidade no cumprimento das sanções, ou seja, caso a nova pena arbitrada também tenha sido convertida em restritiva de direitos, ou, se privativa de liberdade, que o regime fixado seja o aberto, com possibilidade de cumprimento da pena substitutiva" (AgRg no AgRg no HC n. 545.924/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 4/5/2020).

III - *In casu*, tendo em vista que a superveniente condenação do paciente foi a pena restritiva de direitos, ou seja, da mesma natureza das em execução, mostra-se possível o cumprimento simultâneo delas, diante da compatibilidade. Sendo assim, a conversão de ambas em pena privativa de liberdade, na hipótese concreta dos autos, configura flagrante ilegalidade, apta à concessão da ordem de ofício.

*Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a r. decisão do d. Juízo da Execução Penal, que reconheceu a possibilidade de cumprimento simultâneo das penas.

(HC 694.870/SP, Ministro Jesuíno Rissato, Desembargador Convocado do TJDF, Quinta Turma,, DJe 4/11/2021 - grifo nosso)

A tese, então, por mim proposta, é a seguinte: A imposição de penas de naturezas distintas - restritiva de direitos e privativa de liberdade - a um mesmo apenado, verificada no curso da execução, deve ensejar a unificação e a reconversão da primeira em privativa de liberdade, se constatada a impossibilidade de cumprimento simultâneo.

Aplicando esse enunciado ao caso sob exame, verifica-se que a insurgência ministerial merece ser acolhida, ante a impossibilidade de cumprimento simultâneo das penas, verificadas a partir das circunstâncias referenciadas no acórdão impugnado (fls. 78/79 - grifo nosso):

[...]

Com efeito, o agravante cumpria pena privativa de liberdade em regime semiaberto (PEC n. 0011593-84.2019.8.26.0996 - cf. pesquisa no sistema SAJ) e, após, sobreveio-lhe nova condenação criminal definitiva, agora a penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária (fls. 25/26). Nesse contexto, denota-se que há *incompatibilidade de cumprimento simultâneo* entre uma das penas privativas de liberdade (prestação de serviços à comunidade) e a restritiva de direitos que lhe sobreveio, razão pela qual passo a analisar a possibilidade de conversão desta última.

[...]

Assim, acolhida a tese acima proposta, dou provimento ao recurso especial para cassar o acórdão proferido no julgamento do Agravo de Execução Penal n. 0005468-66.2020.8.26.0996, restabelecendo a decisão do Juízo de primeiro grau, que determinou a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

#### VOTO-VENCEDOR

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Senhor Presidente,

Parabenizo o eminente Relator pelo substancioso voto, porém peço vênia para divergir. Após analisar com acuidade a matéria, reconsiderei meu posicionamento, que foi inclusive citado pelo Relator em seu voto, pelos fundamentos que passo a expor.

O art. 44, § 5º, do Código Penal trata de hipótese de conversão facultativa da pena alternativa, ao dispor que “*sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior*”.

Já a Lei de Execuções Penais prevê no art. 181 a hipótese de conversão das penas de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana em pena corporal, quando o condenado sofrer condenação “*por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa*”.

Ou seja, a legislação prevê que a conversão será possível quando o apenado em cumprimento de pena restritiva de direitos vem a ser condenado à pena privativa de liberdade.

Entretanto, o caso dos autos versa sobre hipótese contrária, isto é, o réu já estava em cumprimento de pena privativa de liberdade quando sobreveio nova condenação em que a pena corporal foi substituída por pena alternativa.

Em tais casos, a meu ver, a conversão não conta com o indispensável amparo legal e ainda ofende a coisa julgada, tendo em vista que o benefício foi concedido em sentença definitiva e somente comporta conversão nas situações expressamente previstas em lei, em especial no art. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal.

Note-se, outrossim, que o art. 111 da Lei de Execução Penal em nenhum momento trata de conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, dispondo apenas que as penas de condenações diversas devem ser somadas *para fins de determinação do regime prisional*.

Logo, ao mencionar a finalidade desse somatório para definição do regime prisional, a lei está tratando de penas privativas de liberdade, ou seja, de condenações que já se encontram impingidas sob o formato da pena corporal. Não é possível extrair do aludido dispositivo a imposição de conversão da pena alternativa, que, conforme apontado, somente pode ocorrer conforme o itinerário legal próprio dessa modalidade de pena.

Não é demasiado acrescer que a pena restritiva de direitos serve como uma alternativa ao cárcere. Portanto, se o condenado fez jus ao benefício, não vislumbro justiça em se agravar a sua situação, ampliando o alcance interpretativo do § 5º do art. 44 do Código Penal em seu prejuízo, notadamente à vista da possibilidade de cumprimento sucessivo das penas.

Por outro lado, acompanho o Relator quanto à conversão nos casos em que a condenação à pena privativa de liberdade é posterior à pena restritiva de direitos, nos exatos termos do que dispõe o art. 44, § 5º, do Código Penal e do entendimento consolidado desta Corte de Justiça.

Em relação à tese do recurso repetitivo e de acordo com o entendimento ora exposto, sugiro a seguinte redação: “*Sobre vindo condenação por pena privativa*

*de liberdade no curso da execução de pena restritiva de direitos, as penas serão objeto de unificação, com a reconversão da pena alternativa em privativa de liberdade, ressalvada a possibilidade de cumprimento simultâneo aos apenados em regime aberto e vedada a unificação automática nos casos em que a condenação substituída por pena alternativa é superveniente.”*

Por fim, quanto ao caso concreto do Recurso Especial n. 1.925.861/SP, voto para *negar provimento* ao recurso especial do Ministério Público e manter o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É como voto.

## VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: Presidente, ouvi, na sessão passada, com muita atenção, os votos do Ministro Sebastião Reis Júnior, da Ministra Laurita e especialmente também as sustentações orais feitas pela Defensoria Pública da União e pela de Minas e percebi que, na minha opinião, é o momento de mudarmos o nosso entendimento sobre o tema.

Temos compreendido que, na esteira inclusive do voto do Ministro Sebastião, não importa a ordem das condenações; importa, sim, que, tendo havido duas condenações, o crime doloso, há que se fazer a unificação, inclusive, com relação ao regime.

Portanto, sobrevindo uma condenação a uma pena que foi convertida em restritiva de direitos, ela seria reconvertida em privativa de liberdade para fazer-se a unificação. Esse tem sido o entendimento, mas os argumentos apresentados, com muita propriedade, pela Defensoria Pública da União, pela Defensoria Pública de Minas e pelo voto da eminente Ministra Laurita convenceram-me em sentido contrário – como bem dito pela Ministra Laurita, reforçando seu voto –, por uma questão de legalidade, e até eu diria, de lógica e de justiça.

Quando o art. 181, citado como base para essa unificação, diz que “a pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do art. 45 e seus incisos” e também quando o art. 44, § 5º, diz que “sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior”, a mim me parece claro – pelo menos, literalmente, é o que deflui do texto – que esta segunda pena privativa de liberdade não foi convertida em restritiva de direitos. Na verdade, só

se pode reverter a uma pena privativa de liberdade quando há uma violação às condições naturais que foram impostas para permitir o uso de uma sanção que não a privativa de liberdade.

Se o condenado cumpre pena por um crime privado de sua liberdade e vem a cometer outro crime ou vem a ser condenado em outro crime e o juiz, não obstante isso, permite-lhe substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há que se falar em retirar-lhe esse benefício de maneira automática ao propósito de se unificar a pena. Ele vai cumprir a pena privativa de liberdade que estava já cumprindo e, em seguida, a pena restritiva de direitos, senão nós estaremos agravando uma situação que já foi avaliada pelo juiz quando entendeu ser direito dele não cumprir aquela segunda condenação privado de sua liberdade.

Parece-me, com todas as vênias do eminente Relator, que a questão é de legalidade. Não podemos dar uma interpretação que prejudique o condenado que, já cumprindo pena privativa, venha a ser condenado por outro crime em que teve o benefício da substituição da prisão. O contrário não. Por quê? Porque, se alguém está cumprindo uma pena restritiva de direitos e comete um outro crime, isso por si só já implica a reconversão da sua pena originalmente imposta em privativa de liberdade; ele descumpriu o dever básico de não cometer outro crime. Porém, nestes dois processos, trata-se da situação inversa, da situação em que ele cumpre pena privativa e depois é condenado por um crime em que a privativa foi convertida em restritiva.

Então, com essas considerações, louvando o trabalho das defensorias públicas e o voto divergente da Ministra Laurita, peço vênias ao Ministro Sebastião para acompanhar a divergência.

#### **VOTO-VISTA**

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de recurso especial aviado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, em face dos acórdãos do Tribunal de Justiça estadual proferidos no Agravo em Execução Penal n. 0005468-66.2020.8.26.0996 e nos Embargos de Declaração Criminal n. 0005468-66.2020.8.26.0996/50000 (fls. 75 e 96), cujas ementas, já citadas nos votos precedentes, dispensa-se a transcrição.

O órgão ministerial assevera em suas razões recursais que o Tribunal de origem negou vigência ao art. 44, §§ 4º e 5º, e art. 76, ambos do Código Penal –

CP, bem como ao art. 181, § 1º, alínea *e*, da Lei de Execução Penal – LEP, tendo ainda dissentido de anterior julgamento deste Superior Tribunal de Justiça.

Em síntese, obtempera que na hipótese de condenação à pena privativa de liberdade, independentemente de sua imposição ser anterior ou posterior à pena restritiva de direitos, torna-se impossível o cumprimento simultâneo das sanções, ensejando a unificação e a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

O presente recurso especial foi qualificado como representativo da controvérsia, tendo sido encaminhado ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo recebimento do recurso como representativo da controvérsia e, ao final, pelo seu desprovimento (fls. 174/178).

A Terceira Seção acolheu a proposta de afetação do recurso ao rito insculpido nos artigos 1.036 e 1.037 do Código de Processo Penal – CP e artigos 256 ao 256-X do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – RISTJ, em julgamento realizado no dia 14/9/2021 (fl. 200).

Por outro lado, a Defensoria Pública da União, na condição de *amicus curiae*, manifestou-se pela admissão do recurso, mas pelo seu desprovimento, sustentando a possibilidade de cumprimento simultâneo das penas impingidas ao recorrido; alternativamente, asseverou a viabilidade de desconto sucessivo das reprimendas (e-STJ Fl. 209/215).

O em. Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, propôs a seguinte tese:

a imposição de penas de natureza distinta - restritiva de direitos e privativa de liberdade - a um mesmo apenado, verificada no curso da execução, deve ensejar a unificação e a reconversão da primeira em privativa de liberdade, se constatada a impossibilidade de cumprimento simultâneo.

Aplicando esse enunciado ao caso concreto, concluiu que a insurgência ministerial merece ser acolhida ante a impossibilidade de cumprimento simultâneo das penas, verificada a partir das circunstâncias referenciadas no acórdão impugnado. Assim, acolhida a tese por si proposta, votou pelo provimento do recurso especial para cassar o acórdão proferido no julgamento do Agravo de Execução Penal n. 0005468- 66.2020.8.26.0996, restabelecendo a decisão do Juízo de primeiro grau, que determinou a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

Inaugurou divergência a em. Ministra Laurita Vaz, ao argumento central de que a legislação prevê que a conversão será possível quando o apenado

em cumprimento de pena restritiva de direitos vem a ser condenado à pena privativa de liberdade. Entretanto, quando a hipótese é contrária, isto é, o réu já estava em cumprimento de pena privativa de liberdade quando sobreveio nova condenação em que a pena corporal foi substituída por pena alternativa, a conversão não conta com o indispensável amparo legal e ainda ofende a coisa julgada, tendo em vista que o benefício fora concedido em sentença definitiva e somente comporta conversão nas situações expressamente previstas em lei, em especial no art. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

É o relatório.

Respeitado o entendimento exposto no substancioso voto do em. Relator, Min. Sebastião Reis, peço vênua para acompanhar o voto divergente da igualmente ilustre Min. Laurita Vaz.

Como bem salientado no respeitável voto de relatoria, a complexa questão posta em análise já fora objeto de diversos julgados nesta Corte Superior, motivados pela tese à qual me filiava e à força da qual fundamentei decisões alinhadas ao senso do eminente Relator, por exemplo, na ocasião do julgamento do HC n. 696.993/SP, disponibilizado em 26/10/2021 (fl. 147).

Todavia, a afetação dos representativos de controvérsia ao crivo desta Terceira Seção impeliu-me a rever os parâmetros da controvérsia e renovar a reflexão jurídica sobre as premissas interpretativas de cada uma das correntes de entendimento.

A insurgência do recorrente provoca este Tribunal Superior a determinar se a impossibilidade de cumprimento simultâneo de penas restritiva de direitos e privativa de liberdade, independentemente da ordem em que impostas ao condenado no curso da execução penal, deve ensejar a unificação e a reconversão da última, mais branda, ao cárcere.

Em que pese a notável fundamentação talhada pelo em. Relator, revendo minha posição anterior, entendo que o recurso não merece prosperar.

Primeiro, o art. 44, § 5º, do Código Penal trata de hipótese de conversão facultativa da pena alternativa, ao dispor que “*sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior*”.

Já a Lei de Execução Penal – LEP prevê, no art. 181, hipóteses de conversão das penas de prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana e interdição temporária de direitos em pena corporal, se o condenado “sofrer condenação *por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa*”.

Ou seja, a legislação prevê que a conversão será possível quando o apenado em cumprimento de pena restritiva de direitos vem a ser condenado à pena privativa de liberdade.

Todavia, o caso em exame envolve hipótese reversa, isto é, o réu já estava em cumprimento de pena privativa de liberdade quando sobreveio nova condenação em que a pena corporal foi substituída por pena restritiva de direitos.

Nessa conformidade, ao meu sentir, mais consentânea a exegese alcançada no abalizado voto divergente da Ministra Laurita Vaz, pelo qual a conversão carece de amparo legal e ainda ofende a coisa julgada, tendo em vista que o benefício fora concedido em sentença definitiva e somente comporta conversão nas situações expressamente previstas em lei, em especial no art. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal.

Nunca é demais frisar que a analogia e interpretação extensiva *in malam partem* são vedadas, como corolário do princípio magno da reserva legal, cuja expressão peculiar no direito penal é a congênere taxatividade.

Significa dizer que as normas penais incriminadoras, ou seja, aquelas que preveem crimes e a eles cominam penas, bem assim, por arrastamento, as relativas à execução penal, não são passíveis de integração pela analogia. Dá-se assim, conforme Bettiol, porque “*o bem supremo da liberdade individual deve ter preponderância sobre a possibilidade de extensão da lei*” (BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal, Vol. 1; trad. e not. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1966, p. 14).

De outra parte, impende convir não ter passado despercebido ao legislador a necessidade de conceber dispositivos capazes de equacionar as eventuais inconsistências oriundas da incompatibilidade das referidas sanções penais impostas a um mesmo apenado.

Nesse diapasão, inicialmente, dispõe o artigo 76 do Código Penal no sentido de que “*no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a mais grave*”.

Embora o entendimento atualmente predominante nesta Corte Superior aponte para outra direção, certo é que o referido dispositivo legal não impõe

nenhuma restrição interpretativa para determinar que a ordem de cumprimento das penas seja aplicável tão somente às modalidades de penas privativas de liberdade, desprezando-se, pois, as penas alternativas.

Desta feita, com a devida *vênia*, existe uma referência normativa que permite, em primeiro lance, iniciar o cumprimento da pena de reclusão (mais grave), sucessivamente a de detenção e, quando sobrevier uma circunstância compatível com a pena alternativa (mais branda), como a progressão de regime, por exemplo, dar-lhe início ao cumprimento, simultaneamente.

O Tribunal *a quo* acertadamente aplicou ao caso o artigo 116, parágrafo único, do Código Penal, cujo teor enuncia que “*depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo*”.

O referido dispositivo legal desvela sua lógica, porquanto a suspensão do prazo prescricional, além de inviabilizar eventual pleito de extinção pelo apenado, impõe que a prisão é causa impeditiva da satisfação dessa nova pretensão executória (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte geral, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1, p. 1.024).

A combinação dos aludidos dispositivos do Código Penal, portanto, enseja uma interpretação lógico-sistemática no sentido de que no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave, compreendendo-se nesse cenário as penas privativas de liberdade (reclusão e detenção) e restritivas de direitos, permanecendo estas com o prazo prescricional suspenso enquanto inexecutável o cumprimento concomitante em virtude da prisão do apenado por outro motivo.

Ademais, perceba-se que o art. 111 da Lei de Execução Penal em nenhum momento trata de conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, dispondo apenas que as penas de condenações diversas devem ser somadas *para fins de determinação do regime prisional*.

Destarte, ao mencionar a finalidade desse somatório para definição do regime prisional, a lei está tratando de penas privativas de liberdade, ou seja, de condenações que já se encontram na modalidade carcerária, não da conversão da pena alternativa, que, conforme apontado, somente pode ocorrer nas suas particulares hipóteses legais.

Daí não se afeiçoar apropriada a ampliação *in malam partem* do alcance interpretativo do § 5º do art. 44 do Código Penal, notadamente à vista da possibilidade indubitável de cumprimento sucessivo das penas.

Ainda, nessa mesma perspectiva, outra nítida distorção seria permitir a revisão horizontal, pelo juízo de execução, do crivo valorativo de mérito à substituição exercido pelo juízo de conhecimento, ao qual, em se cuidando de condenação definitiva a pena carcerária, já era possível o conhecimento do antecedente, a ser cogitado como pressuposto negativo, inclusive à luz do permissivo do artigo 44, parágrafo 3º do Código Penal.

Por outro lado, é inquestionável o cabimento da conversão nos casos em que a condenação à pena privativa de liberdade é posterior à pena restritiva de direitos, nos exatos termos do que dispõe o art. 44, § 5º, do Código Penal e do entendimento consolidado desta Corte de Justiça.

Em arremate, a prevalecer esse entendimento, adiro à redação sugerida pela eminente Ministra Laurita Vaz para a tese do recurso repetitivo:

*Sobrevindo condenação por pena privativa de liberdade no curso da execução de pena restritiva de direitos, as penas serão objeto de unificação, com a reconversão da pena alternativa em privativa de liberdade, ressalvada a possibilidade de cumprimento simultâneo aos apenados em regime aberto e vedada a unificação automática nos casos em que a condenação substituída por pena alternativa é superveniente.*

De conseguinte, *quanto ao caso concreto do Recurso Especial n. 1.925.861/SP, rogando vênias ao em. Relator, acompanho o voto divergente da em. Ministra Laurita Vaz pelo desprovemento.*