



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0003319-67.2002.4.03.6181/SP

2002.61.81.003319-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : SOLON SALES ALVES COUTO
ADVOGADO : SP270981 ATILA PIMENTA COELHO MACHADO e outro(a)
: SP331087 MARIA CAROLINA DE MORAES FERREIRA
APELADO(A) : Justica Publica
No. ORIG. : 00033196720024036181 7P Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DA INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DA QUEBRA ADMINISTRATIVA DE SIGILO BANCÁRIO.

I.A sentença impôs ao recorrente pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, de sorte que se aplica, *in casu*, o prazo prescricional de 8 (oito) anos, nos termos do artigo 109, IV, do CP. Consoante a súmula vinculante de número 24, tratando-se de crime tributário, o delito em apreço só se considera consumado com o lançamento definitivo do tributo, a partir de quando começa a fluir o prazo prescricional. No caso *sub judice*, o tributo só foi definitivamente constituído em 14.08.2008 (fls. 366/367), de modo que não há que se falar em prescrição com base na pena aplicada na sentença, já que entre a data do fato (14.08.2008) e a do recebimento da denúncia (05.03.2012 - fl. 407) e entre esta e a publicação da sentença (22.03.2013, cf. fl. 727) não transcorreu período superior a 8 (oito) anos.

II.A existência de prévia autorização judicial para a quebra do sigilo bancário de uma terceira pessoa (Eliezer), a partir da qual se identificou a transferência de recursos para o réu (Sólon), não dispensa autorização judicial específica para se proceder ao levantamento do sigilo do apelante. Considerando que a autorização judicial para o levantamento do sigilo bancário atinge um direito fundamental do acusado, ela deve individualizar a pessoa cujo sigilo será levantado, à semelhança do que ocorre com a decisão que autoriza a interceptação telefônica (artigo 2º, parágrafo único, da Lei 9.296/96), e ser interpretada restritivamente, sendo vedado à autoridade administrativa ampliar a quebra do sigilo para atingir pessoas

não indicadas no comando judicial. Identificando a autoridade a necessidade de levantamento do sigilo de terceiros não indicados expressamente da decisão judicial autorizatória do levantamento do sigilo, cabe a ela requerer nova autorização judicial específica para tanto, não podendo, sem esta, proceder à quebra. Inexistindo prévia autorização judicial específica para a quebra do sigilo bancário do réu, forçoso é concluir que as provas obtidas no caso vertente devem ser consideradas ilícitas.

III.A quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu "decisum", nos termos dos artigos 5º, inciso XII e 93, inciso IX, da Constituição Federal. Não se afasta de forma irrestrita a possibilidade de quebra do sigilo financeiro, mas sim, afirmando a ilegalidade do uso de informações obtidas mediante quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial, a fim de viabilizar o acesso a dados pessoais e sigilosos, com vistas a identificar ilícito de supressão ou redução de tributo.

IV.A questão da constitucionalidade do artigo 6º, da Lei Complementar 105/01 (quebra de sigilo bancário para fins tributários), não se mostra relevante para o deslinde do feito, pois, mesmo reputando-se tal dispositivo constitucional, admitindo-se a quebra do sigilo bancário requisitado diretamente pelo Fisco, sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário, tal providência não é admitida no plano da investigação criminal, onde se exige a avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu "decisum", nos termos dos artigos 5º, inciso XII e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

V.Até o presente momento, não foi publicado o acórdão proferido pelo E. STF - Supremo Tribunal Federal no julgamento levado a efeito no dia 24.02.2016, o qual tinha por objeto o RE 601314 e as ADIs 2859, 2390, 2386 e 2397, em que a Excelsa Corte, por maioria, julgou improcedentes os pedidos de reconhecimento de inconstitucionalidade do artigo 6º, da Lei Complementar 105/2001. Além de tal decisão ainda não ter transitado em julgado - *conditio sine qua non* para que ela produza efeito vinculante (artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99) -, não há como avaliar se a Egrégia Corte dispensou a exigência de prévia autorização judicial para a quebra de sigilo para fins penais ou apenas para fins tributários, nem se tem notícia se tal entendimento aplicar-se-á de forma retroativa ou se os seus efeitos serão, em atenção ao princípio da segurança jurídica, modulados.

VI.Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de apelação, a fim de declarar a ilicitude das provas obtidas por meio da quebra de sigilo bancário verificada *in casu*, anulando o processo *ab initio*, determinando-se o trancamento da ação penal por ausência de justa causa para persecução e o desentranhamento dos documentos obtidos ilicitamente, com a consequente devolução dos mesmos ao seu titular, nos termos do voto da Relatora, tendo o Des. Fed. Nino Toldo acompanhado com ressalva.

São Paulo, 10 de maio de 2016.

CECILIA MELLO
Desembargadora Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): MARIA CECILIA PEREIRA DE MELLO:10057

Nº de Série do Certificado: 7DBF4B4E05D00880

Data e Hora: 13/05/2016 13:03:14

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0003319-67.2002.4.03.6181/SP

2002.61.81.003319-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : SOLON SALES ALVES COUTO
ADVOGADO : SP270981 ATILA PIMENTA COELHO MACHADO e outro(a)
: SP331087 MARIA CAROLINA DE MORAES FERREIRA
APELADO(A) : Justica Publica
No. ORIG. : 00033196720024036181 7P Vr SAO PAULO/SP

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por SOLON SALES ALVES COUTO, em face da r. sentença de fls. 723/726 (publicada em 22.03.2013, cf. fl. 727), que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 1º, I, da Lei 8.137/90, à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e a 80 (oitenta) dias-multa, no valor unitário de 50 (cinquenta) BTN. Regime inicial aberto. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena de prestação de serviços à comunidade e por uma prestação pecuniária, no valor de 50 (cinquenta) salários mínimos para entidade pública ou privada com destinação social a ser definida pelo MM Juízo da Execução.

Consta da denúncia (recebida em 05.03.2012 - fl. 407) que o réu "suprimiu tributos devidos à Fazenda Federal, no exercício de 2001, ano-calendário 2000, mediante a omissão de rendimentos provenientes de valores creditados em contas-correntes de sua titularidade". Narra, ainda, que "o processo administrativo fiscal nº 19515.003274/2005-00 apurou crédito tributário no valor de R\$711.854,52 (fls. 222 apenso), em desfavor de SOLON SALES ALVES COUTO, quantia já acrescida de multa e juros de mora calculados até novembro/2005 (fls. 222 do Apenso), que se encontra inscrita em Dívida Ativa da União desde 27/11/2006 (fls. 317), sendo que não houve pagamento do valor devido, bem como pedido de parcelamento".

Nas razões de apelação (fls. 755/784), a parte recorrente sustenta, em síntese, o seguinte: (i) prescrição da pretensão punitiva, considerando a data dos fatos e o recebimento da denúncia; (ii) ilicitude das provas obtidas pela Receita Federal (fls. 18/20 do Apenso I) mediante quebra (administrativa) de sigilo bancário não autorizada pelo Poder Judiciário; (iii) inexistência de prova para a condenação do apelante; (iv) a pena deve ser reduzida ao patamar mínimo.

Contrarrazões apresentadas (fls. 820/833).

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento do apelo e pela redução, de ofício, da pena de multa (fls. 835/845).

É o relatório.

À revisão.

CECILIA MELLO
Desembargadora Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): MARIA CECILIA PEREIRA DE MELLO:10057
Nº de Série do Certificado: 7DBF4B4E05D00880
Data e Hora: 11/03/2016 15:12:16

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0003319-67.2002.4.03.6181/SP

2002.61.81.003319-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : SOLON SALES ALVES COUTO
ADVOGADO : SP270981 ATILA PIMENTA COELHO MACHADO e outro(a)
: SP331087 MARIA CAROLINA DE MORAES FERREIRA
APELADO(A) : Justica Publica
No. ORIG. : 00033196720024036181 7P Vr SAO PAULO/SP

VOTO

DA INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO.

A sentença impôs ao recorrente pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, de sorte que se aplica, *in casu*, o prazo prescricional de 8 (oito) anos, nos termos do artigo 109, IV, do CP.

Consoante a súmula vinculante de número 24, tratando-se de crime tributário, o delito em apreço só se considera consumado com o lançamento definitivo do tributo, a partir de quando começa a fluir o prazo prescricional.

No caso *sub judice*, o tributo só foi definitivamente constituído em 14.08.2008 (fls. 366/367), de modo que não há que se falar em prescrição com base na pena aplicada na sentença, já que entre a data do fato (14.08.2008) e a do recebimento da denúncia (05.03.2012 - fl. 407) e entre esta e a publicação da sentença (22.03.2013, cf. fl. 727) não transcorreu período superior a 8 (oito) anos.

Sobre o tema, assim tem se manifestado a jurisprudência pátria, inclusive do C. STJ:

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES TRIBUTÁRIOS. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO . TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A fluência do prazo prescricional dos crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, incisos I a IV da Lei 8.137/90, tem início somente após a constituição do crédito tributário, o que se dá com o encerramento do procedimento administrativo-fiscal e o lançamento definitivo. 2. In casu, não ocorreu a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pena em concreto, tendo em vista que entre a constituição definitiva do crédito tributário (19.04.2011) e o recebimento da denúncia (04.11.2011); e, ainda, entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença condenatória (07.11.2012), não transcorreu lapso temporal superior ao previsto no art. 109, IV, do Código Penal, ou seja, 8 anos, tendo em vista a condenação de 2 anos e 8 meses, razão pela qual não está prescrita a pretensão punitiva do Estado. 3. Recurso ordinário desprovido. (STJ SEXTA TURMA RHC 201500834970 RHC - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS - 58410 DJE DATA:06/05/2015 MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA)

Rejeito, pois, a alegação de prescrição.

DA QUEBRA ADMINISTRATIVA DE SIGILO BANCÁRIO.

O réu suscita a ilicitude das provas obtidas pela Receita Federal (fls. 18/20 do Apenso I) mediante quebra (administrativa) de sigilo bancário não autorizada pelo Poder Judiciário.

Segundo a sentença, o levantamento do sigilo bancário do réu, apesar de ter sido feito diretamente pela Receita Federal, seria lícito, eis que a ele se chegou a partir de anterior quebra de sigilo bancário de uma

terceira pessoa, a qual fora autorizada judicialmente:

*Assim, em que pese não tenha havido autorização judicial específica para a obtenção de extratos bancários do acusado, apurou-se, **mediante autorização judicial e decorrente de investigação**, que Sólón Sales Alves Couto movimentava valores em conta bancária mantida em nome de terceiro (motoboy da sociedade empresária de titularidade do denunciado), o que justifica a **obtenção direta**, pela Receita Federal, dos extratos bancários das contas bancárias existentes em nome do próprio acusado.*

Não há dúvidas, portanto, que, apesar de ter havido autorização judicial para a quebra do sigilo bancário de uma terceira pessoa (Eliezer), não houve tal autorização em relação ao réu (Sólón).

Nesse passo, anoto, inicialmente, que a existência de prévia autorização judicial para a quebra do sigilo bancário de uma terceira pessoa (Eliezer), a partir da qual se identificou a transferência de recursos para o réu (Sólón), ao meu sentir, não dispensa autorização judicial específica para se proceder ao levantamento do sigilo do apelante.

Considerando que a autorização judicial para o levantamento do sigilo bancário atinge um direito fundamental do acusado, ela deve individualizar a pessoa cujo sigilo será levantado, à semelhança do que ocorre com a decisão que autoriza a interceptação telefônica (artigo 2º, parágrafo único, da Lei 9.296/96), e ser interpretada restritivamente, sendo vedado à autoridade administrativa ampliar a quebra do sigilo para atingir pessoas não indicadas no comando judicial.

Identificando a autoridade a necessidade de levantamento do sigilo de terceiros não indicados expressamente da decisão judicial autorizatória do levantamento do sigilo, cabe a ela requerer nova autorização judicial específica para tanto, não podendo, sem esta, proceder à quebra.

Destarte, considerando que, no caso concreto, inexistiu prévia autorização judicial específica para a quebra do sigilo bancário do réu, forçoso é concluir que as provas obtidas no caso vertente devem ser consideradas ilícitas.

Posto isso, anoto que, apesar de não ignorar a divergência de posicionamento existente no Superior Tribunal de Justiça acerca da legitimidade da quebra do sigilo bancário requisitado diretamente pelo Fisco, sem prévia autorização judicial para fins de constituição de crédito tributário, filio-me à posição de que tal ato enseja flagrante constrangimento ilegal.

Com efeito, a quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu "decisum", nos termos dos artigos 5º, inciso XII e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Deixo claro, aqui, que não estou afastando de forma irrestrita a possibilidade de quebra do sigilo financeiro, mas sim, afirmando a ilegalidade do uso de informações obtidas mediante quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial, a fim de viabilizar o acesso a dados pessoais e sigilosos, com vistas a identificar ilícito de supressão ou redução de tributo.

Frise-se que a questão da constitucionalidade do artigo 6º, da Lei Complementar 105/01 (quebra de sigilo bancário para fins tributários), não se mostra relevante para o deslinde do feito, pois, mesmo reputando-se tal dispositivo constitucional, admitindo-se a quebra do sigilo bancário requisitado diretamente pelo Fisco, sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário, tal providência não é admitida no plano da investigação criminal, onde se exige a avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu "decisum", nos termos dos artigos 5º, inciso XII e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

A meu ver, não poderia a Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo e tributário, sem competência constitucional específica, fornecer dados obtidos mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização judicial, para fins penais.

Nesse sentido:

SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção - a quebra do sigilo - submetida ao crivo de órgão equidistante - o Judiciário - e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS - RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal - parte na relação jurídico-tributária - o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (STF, RE 389808 / PR - PARANÁ RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO 15/12/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA . ILICITUDE DA PROVA. REQUISICÃO PELA RECEITA FEDERAL DE INFORMAÇÕES SOBRE A MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DIRETAMENTE À INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. QUEBRA DO SIGILO. LC N. 105/2001. IMPRESTABILIDADE DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS PARA FINS DE PROCESSO PENAL. 1. A quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu decisum. 2. Os dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições bancárias no âmbito de processo administrativo fiscal sem prévia autorização judicial não podem ser utilizados no processo penal, sobretudo para dar base à ação penal. 3. Recurso em habeas corpus provido em parte. ordem concedida apenas para reconhecer a ilicitude de toda prova advinda da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial e determinar seja ela desentranhada da ação penal. (RHC 41.532/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 28/02/2014)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO. EXCEÇÃO DA DEFESA. REQUISICÃO DO FISCO ÀS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Sendo tributável toda renda e proventos de qualquer natureza a partir da aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, o depósito em conta corrente firma presunção juris tantum da disponibilidade - e, pois, da tributabilidade - do numerário ao seu titular, cuja prova em contrário incumbe à defesa, não havendo ilegalidade na distribuição dos ônus da prova e, pois, violação do artigo 156 do Código de Processo Penal. 2. Não se conhece de recurso especial pela divergência se inexistente similitude fática entre os julgados em cotejo. 3. A quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu decisum, em observância aos artigos 5º, XII e 93, IX, da Carta Magna. 4. Não cabe à Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo tributário e sem competência constitucional específica, fornecer dados obtidos mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização judicial, para fins penais. 5. É nula a sentença penal condenatória com base em prova obtida mediante quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, devendo outra ser

lançada, com base no suporte probatório eventualmente remanescente. 6. Recurso especial improvido. ordem de habeas corpus concedida de ofício. (REsp 1201442/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 22/08/2013)

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI 8.137/90. PROVA ILÍCITA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AÇÃO PENAL ANULADA. 1 - Réus condenados porque, embora não tenham apresentado declaração anual de ajuste do Imposto de Renda Pessoa Física relativa ao ano-calendário 1.998, exercício 1999, movimentaram recursos muito superiores ao limite de isenção, através de contas correntes mantidas em determinados bancos, não tendo comprovado a origem dos recursos movimentados. Da mesma forma, omitiram ao Fisco a aquisição de ponto comercial e bem imóvel. 2 - Verificando-se o desenrolar do procedimento administrativo instaurado para apurar o crime de sonegação fiscal em questão, anota-se, inicialmente, que o sigilo bancário dos réus foi quebrado diretamente pelo Fisco, sem prévia autorização judicial para fins de constituição de crédito tributário, o que enseja flagrante constrangimento ilegal. Precedentes. 3 - Com efeito, a quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu "decisum", nos termos dos artigos 5º, inciso XII e 93, inciso IX, da Constituição Federal. 4 - Não pode, a Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo e tributário, sem competência constitucional específica, fornecer dados obtidos mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização judicial, para fins penais. 5 - Ação penal anulada "ab initio". (TRF/3ª Região, ACR 2005.61.06.002534-6/SP, Rel. Des. Fed. CECILIA MELLO, 2ª Turma, julgado em 10/06/2014)

Por fim, destaco que, até o presente momento, não foi publicado o acórdão proferido pelo E. STF - Supremo Tribunal Federal no julgamento levado a efeito no dia 24.02.2016, o qual tinha por objeto o RE 601314 e as ADIs 2859, 2390, 2386 e 2397, em que a Excelsa Corte, por maioria, julgou improcedentes os pedidos de reconhecimento de inconstitucionalidade do artigo 6º, da Lei Complementar 105/2001.

Sendo assim, além de tal decisão ainda não ter transitado em julgado - *conditio sine qua non* para que ela produza efeito vinculante (artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99) -, não há como avaliar se a Egrégia Corte dispensou a exigência de prévia autorização judicial para a quebra de sigilo para fins penais ou apenas para fins tributários, nem se tem notícia se tal entendimento aplicar-se-á de forma retroativa ou se os seus efeitos serão, em atenção ao princípio da segurança jurídica, modulados.

Por tais razões, mantenho meu posicionamento, no sentido de que a quebra administrativa do sigilo bancário por parte da Receita sem prévia autorização judicial configura constrangimento ilegal.

Nesse contexto e tendo em vista que o procedimento administrativo constitui a própria materialidade delitiva, estando este viciado, a persecução penal não pode prosseguir.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso da defesa, a fim de declarar a ilicitude das provas obtidas por meio da quebra de sigilo bancário verificada *in casu*, anulando o processo *ab initio*. Determino o trancamento da ação penal por ausência de justa causa para persecução e o desentranhamento dos documentos obtidos ilicitamente, com a consequente devolução dos mesmos ao seu titular.

É o voto.

CECILIA MELLO
Desembargadora Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): MARIA CECILIA PEREIRA DE MELLO:10057

Nº de Série do Certificado: 7DBF4B4E05D00880

Data e Hora: 13/05/2016 13:03:10
