**MINISTÉRIO DA FAZENDA**
**PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**
**SEGUNDA CÂMARA**

| | |
|---|---|
| **Processo nº** | 10380.001258/2003-19 |
| **Recurso nº** | 143.440 Voluntário |
| **Matéria** | IRPF - Ex.: 1999 |
| **Acórdão nº** | 102-49.387 |
| **Sessão de** | 06 de novembro de 2008 |
| **Recorrente** | FRANCISCO DE ASSIS GUIMARÃES JÚNIOR |
| **Recorrida** | 1ª TURMA/DRJ-FORTALEZA/CE |

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF**

Exercício: 1999

LEGISLAÇÃO QUE AMPLIA OS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE – LC nº 105 – LEI nº 10.174. Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - BUSCA DA VERDADE MATERIAL - No processo administrativo predomina o princípio da verdade material no sentido de identificar se realmente ocorreu ou não o fato gerador.

Preliminares rejeitadas.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, REJEITAR as preliminares de: I - Nulidade do lançamento, por quebra de sigilo bancário e pela irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva que as acolhe e apresenta declaração de voto. No mérito, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Núbia Matos Moura, Eduardo Tadeu Farah e Ivete Malaquias Pessoa Monteiro.

IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS
RELATOR

FORMALIZADO EM: 20 JAN 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Silvana Mancini Karam, Alexandre Naoki Nishioka e Vanessa Pereira Rodrigues Domene.

## Relatório

O recurso voluntário em exame pretende a reforma do Acórdão de nº 4798 (fls. 549/553), de 23 de agosto de 2004, proferido pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ) Fortaleza - CE, que julgou, por unanimidade de votos, procedente o auto de infração do Imposto de Renda Pessoa Física (fls. 03/10), decorrente da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários não comprovados.

A infração indicada no lançamento e os argumentos de defesa suscitados pela contribuinte foram sumariados pela pelo Órgão julgador a *quo*, nos seguintes termos:

"Contra o contribuinte, acima identificado, foi lavrado Auto de Infração de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF, fls. 03/09, relativo ao ano-calendário de 1998, exercício de 1999, para formalização de exigência e cobrança de crédito tributário no valor total de R$ 624.314,19, incluindo multa de ofício e juros de mora calculados até 31/01/2003.

2. A infração apurada pela fiscalização, relatada na Descrição dos Fatos e Enquadramentos Legais, fls. 04/06, foi omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários não comprovados, estando os dispositivos legais infringidos e a penalidade aplicável detalhados às fls. 07 e 08 do Auto de Infração.

3.Inconformado com a exigência, da qual tomou ciência em 11/02/2003, Aviso de Recebimento-AR fls. 263, o contribuinte apresentou impugnação em 06/03/2003, fls. 265/267, trazendo, em síntese, as seguintes alegações:

3.1.Que a conta-corrente nº 4068-1, agência 2812-6 do Banco do Brasil S/A é conjunta, tendo como titular o impugnante e seu pai Francisco de Assis Guimarães, porém os valores ali movimentados não lhes pertencem.

3.2.Que o contribuinte e seu pai foram usados como "laranja" por Maria Maciel Almeida.

3.3. Que Maria Maciel Almeida solicitou ao impugnante para utilizar a conta-corrente em questão, no que foi atendida, por tratar-se de pessoa de sua confiança.

3.4.Que não sabia que Maria Maciel Almeida, pessoa de má índole e com propensão ao crime, responde a dois inquéritos na Delegacia de Defraudações e Falsificações da Polícia Civil do Estado do Ceará, por prática de crime de estelionato e que existe contra a mesma um mandato de prisão em aberto.

3.5.Que é um simples comerciante, tendo assumido o controle de uma pequena mercearia que pertencia a seu genitor, negócio este que não movimenta mais do que R$ 4.000,00 por mês. Tais fatos são provas irrefutáveis de que os valores movimentados em sua conta-corrente não lhe pertencem."

Ao apreciar o litígio, o Órgão julgador de primeiro grau, em votação unânime, manteve integralmente a exigência tributária em exame, resumindo o seu entendimento na seguinte ementa:

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF*

*Ano-calendário: 1998*

*Ementa: Omissão de rendimentos. Lançamento com base em depósitos bancários.*

*Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.*

*Depósitos bancários. Titularidade.*

*Somente se aplica o disposto no § 5º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, quando comprovado de forma cabal que os valores creditados sem comprovação de origem pertencem a terceiros.*

*Ônus da prova.*

*Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários.*

*Lançamento Procedente*

Em sua peça recursal (fls. 561/582), requer seja atribuída a titularidade de fato dos valores movimentados na conta de nº 4.068-1 do Banco do Brasil à Sra. Maria Maciel Almeida Braga, ou, alternativamente, a realização de diligência para comprovar este fato, já que não obteve nenhum benefício financeiro, nem adquiriu patrimônio, tendo como única fonte de renda um modesto comércio (mercearia), na qual trabalha com seu pai, sem qualquer empregado, e cujo faturamento mensal gira em torno de R$4.000,00.

Discorre também sobre a indevida autuação com base exclusivamente em depósito bancário (colaciona extensa jurisprudência administrativa). Aduz acerca da irretroatividade da Lei Complementar nº 105, de janeiro/2001 e da ilegalidade do uso da CPMF para tributação dos depósitos bancários, em face da vedação contida na Lei nº 9.311, de 1996, sendo a Lei nº 10.174, de janeiro/2001 aprovada após o período fiscalizado. A intimação para apresentar os extratos bancários somente poderia dirigir-se a movimentações financeiras realizadas após a data de sua promulgação da LC 105/2001.

Arrolamento de bens às fls. 595/597.

Por deliberação deste Colegiado, o julgamento foi convertido em diligência, através da Resolução de nº 102-02.287 (fls. 605/610).

Relatório de Diligência às fls. 625/627.

Manifestação do autuado às fls. 631/635.

É o Relatório.

## Voto

Conselheiro JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, Relator

O recurso atende os requisitos de admissibilidade.

As preliminares suscitadas pelo recorrente são por demais conhecidas desse Conselho de Contribuintes (Acórdãos nºs 102-46185 e 106-13143), que tem reiteradamente manifestado o entendimento de que a Lei Complementar nº 105 e a Lei nº 10.274 possuem caráter instrumental.

A Lei nº 10.174, de 2001, não estabeleceu nova forma de determinação do imposto. Como norma instrumental que é tem seus efeitos regidos pelo § 1º do artigo 144 do CTN. A exigência tributária em exame já era possível desde a vigência da Lei nº 9.430, de 1996, que passou a caracterizar como rendimentos omitidos, por presunção legal, os depósitos bancários sem origem comprovada.

Os dados disponibilizados pelas instituições financeiras à Receita Federal, na vigência da Lei 9.311/1996, não foram utilizados para fins de lançamento tributário. Tal fato só ocorreu a partir da vigência da Lei nº 10.174, 09/01/2001, ou seja, mesmo já existindo a possibilidade de efetuar o lançamento sobre depósito bancário sem origem comprovada, nos termos do artigo 42 da Lei 9.430, de 27/12/1996, e dispondo a Administração Tributária de elementos para comparar a movimentação bancária do contribuinte com seus rendimentos declarados, nenhum procedimento fiscal foi iniciado, o que evidencia o mais absoluto respeito à norma anterior. O Mandado de Procedimento Fiscal e o Termo de Início de Ação Fiscal somente foram expedidos em 27 e 28 de março de 2001, respectivamente, após a edição da LC nº 105 e da Lei nº 10.174, ambas de janeiro de 2001.

A despeito desta questão ainda não estar definida no âmbito do Poder Judiciário, havendo decisões que atendem a teses divergentes, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em recente decisão, datada de 02/12/2003, exarada no Recurso Especial nº 506.232-PR, cuja ementa é a adiante transcrita, também já decidiu que a Lei nº 10.174, de 2001, ao facultar a utilização das informações da CPMF em procedimentos administrativos para fins de verificação da existência de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, apenas ampliou os poderes das autoridades fiscais, sem afetar situações constituídas e consolidadas sob a égide da lei anterior, podendo, portanto, ser aplicada imediatamente aos efeitos ainda pendentes das obrigações tributárias surgidas sob a vigência da lei anterior, que se prolongam no tempo para além da data de entrada em vigor da lei nova, que passa então a regulá-los, desde que não abrangidos pela decadência.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 105, de 2001, permite à autoridade administrativa requisitar informações às instituições financeiras, nos casos em que especifica. No presente caso, entretanto, o próprio contribuinte apresentou os extratos bancários, após ter sido intimado para esse fim, conforme consta às fls. 24/26, o que tornou desnecessário requisitá-los aos bancos, com suporte na referida norma.

Ainda sobre possível violação da ordem constitucional pela Lei Complementar nº 105 e pela Lei nº 10.174, vale ressaltar que o lançamento é ato administrativo de aplicação da norma tributária ao caso concreto. Não caberia, portanto, à fiscalização se posicionar acerca da inconstitucionalidade da lei que o embasou o procedimento fiscal (atitude que também é vedada aos Conselhos de Contribuintes – artigo 49 do Regimento Interno). Presume-se, inclusive, que os princípios constitucionais tributários e também os garantidores de direitos fundamentais encontrem na lei sua aplicação imediata. Antes de ser aprovada pelo Congresso Nacional o projeto de lei tramita por várias comissões que aquilatam sua constitucionalidade. Após essa fase, o presidente da República a sanciona. Ao poder Judiciário, cumpre velar pela constitucionalidade das leis, através do controle *a posteriori*. A mera submissão da matéria ao crivo do STF não as torna ineficazes. No âmbito do processo administrativo tributário, o Primeiro Conselho de Contribuintes editou a Súmula nº 02. Confira-se:

> ***Súmula 1ºCC nº 2:*** *O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

A partir da vigência do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, os depósitos bancários deixaram de ser "modalidade de arbitramento" — que exigia da fiscalização a demonstração de gastos incompatíveis com a renda declarada (aquisição de patrimônio a descoberto e sinais exteriores de riqueza), conforme interpretação consagrada pelo poder judiciário (súmula TFR 182), pelo Primeiro Conselho de Contribuintes (conforme arestos colacionados no recurso) e artigo 9º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 2.471/88, que determinava o cancelamento dos lançamentos do imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários — para se constituir na própria omissão de rendimento (art. 43 do CTN), decorrente de presunção legal, que inverte o ônus da prova em favor da Fazenda Pública Federal.

Alfredo Augusto Becker[1], alicerçado na doutrina francesa e espanhola, ao distinguir presunção legal e ficção legal, assim escreveu:

> *Existe uma diferença radical entre a presunção legal e a ficção legal. 'A presunção tem por ponto de partida a verdade de um fato: de um fato conhecido se infere outro desconhecido. A ficção, todavia, nasce de uma falsidade. Na ficção, a lei estabelece como verdadeiro um fato que é provavelmente (ou com toda a certeza) falso. Na presunção a lei estabelece como verdadeiro um fato que é provavelmente verdadeiro. A verdade jurídica imposta pela lei, quando se baseia numa provável (ou certa) falsidade é ficção, quando se fundamenta numa provável veracidade é presunção legal'.*
>
> *A regra jurídica cria uma presunção legal quando, baseando-se no fato conhecido cuja existência é certa, impõe-se a certeza jurídica da existência do fato desconhecido cuja existência é provável em virtude da correlação natural de existência entre estes dois fatos.*
>
> *A regra jurídica cria uma ficção legal quando, baseando-se no fato conhecido cuja existência é improvável (ou falsa) porque falta correlação natural de existência entre os dois fatos.*

[1] BECKER, Alfredo Augusto, Teoria Geral do Direito Tributário, 3ª. ed. – São Paulo: Lejus, 1998, pág. 509. Ed. Lejus

Para Alfredo Augusto Becker, a observação do acontecer dos fatos segundo a ordem natural das coisas, permite que se estabeleça uma correlação natural entre a existência do fato conhecido e a probabilidade de existência do fato desconhecido. A correlação natural entre a existência de dois fatos é substituída pela correlação lógica. Basta o conhecimento da existência de um daqueles fatos para deduzir-se a existência do outro fato cuja existência efetiva se desconhece, porém tem-se como provável em virtude daquela correlação natural. Presunção é o resultado do processo lógico mediante o qual do fato conhecido cuja existência certa infere-se o fato desconhecido cuja existência é provável.[2]

As presunções segundo doutrina de Moacir Amaral dos Santos

Moacir Amaral dos Santos[3], citando Clóvis Beviláqua, que em notas ao artigo 136, define presunção como *"a ilação que se tira de um fato conhecido para provar a existência de outro desconhecido"* e RAMPONI, que define presunções como *"hipóteses que correspondem, provavelmente, ou seja na maior parte dos casos, à verdade"*, tem a presunção como uma atividade do pensamento em que graças a um fato certo, "raciocinando-se com aquilo que freqüentemente acontece, chega-se ao fato desconhecido, isto é, presume-se o fato desconhecido."

Prossegue o autor:

> *"Decorre daí que, da dedução presuntiva, geralmente chega-se a conclusões que são mais ou menos seguras conforme as circunstâncias especiais ou particulares de cada hipótese. Vale dizer que, mais propriamente do que certeza, a presunção estabelece probabilidade, maior ou menor, quanto à existência ou inexistência do fato probando. Mas em se tratando de probabilidade que tem por fundamento um princípio derivado da ordem natural das coisas, isto é, do que comumente acontece, e, pois, suficientemente alicerçada para satisfazer convicção judicial quanto à existência ou inexistência, do fato presumido. Presume-se, quer dizer, o fato presumido resulta daquilo que na maior parte dos casos corresponde à verdade."*

O lançamento em exame decorre de omissão de rendimentos caracterizados por depósitos bancários sem origem comprovada, no ano-calendário de 1998, nos termos do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Foram tributados 50% (cinqüenta por cento) dos valores considerados omitidos, para cada co-titular (Francisco de Assis Guimarães Junior – Processo nº 10380.001258/2003-19 e Francisco Assis Guimarães - Processo de nº 10380.001257/2003-66).

O recorrente, desde a primeira intimação efetuada pela fiscalização informou que a titular desses recursos era Maria Maciel Almeida Braga, e que foi apenas uma interposta pessoa, o popular "laranja". A auditoria fiscal envidou esforços para localizar a Sra. Maria Maciel Almeida Braga, bem assim correlacionar tais depósitos às atividades econômicas daquela contribuinte; não logrou êxito. Outrossim, em homenagem ao princípio da verdade material, diante das veementes alegações do recorrente, e por se tratar de autuação presuntiva, sem que haja qualquer nos autos indício de acréscimo patrimonial ou sinais exteriores de riquezas do autuado, este Colegiado converteu o julgamento em diligência.

---

[2] BECKER, Alfredo Augusto, Teoria Geral do Direito Tributário, 3ª. ed. – São Paulo: Lejus, 1998, pág. 508. Ed. Lejus

[3] SANTOS, Moacir Amaral, Prova Judiciária no Cível e Comercial, 2ª. Ed. – Vol. V, São Paulo, 1955, pág. 348.

Das requisições solicitadas à unidade local da SRF, somente a verificação *in locu*, destinada à constatação da veracidade das alegações do recorrente no que tange a seu endereço fixo, apurando o tempo de moradia na referida residência, bem assim suas atividades profissionais e rendimentos a época dos fatos geradores autuados, pôde robustecer as alegações do acusado. Lamentavelmente o decurso do tempo impossibilitou fosse aprofundada a investigação em relação aos cheques depositados, já que os cheques emitidos eram sacados no caixa.

Do exame das demais peças processuais, firmo convencimento de que o Auto de Infração em exame deve ser cancelado, pois a exigência fiscal não leva a um juízo de probabilidade sustentável e contamina de incertezas o lançamento, fazendo nascer uma obrigação com vício de bases principiológicas relativas à segurança jurídica e à capacidade contributiva, o que não se admite no Direito Tributário.

As presunções servem para que fatos de difícil comprovação direta sejam substituídos por outros que, em ocorrendo, darão fortes indícios de que o fato gerador do imposto efetivamente ocorreu.

A presunção, autorizada pelo artigo 44 do CTN, deve estabelecer seguramente o nexo causal entre o fato conhecido e o fato desconhecido e satisfazer a critérios de pertinência, razoabilidade e proporcionalidade. O Estado não tem interesse subjetivo nas questões. O fato indiciário deve ser alçado à condição de fato presuntivo após exame rigoroso por parte da fiscalização, que tem o dever de aprofundar a investigação, se houver elementos também indiciários a infirmar a presunção.

Desde o início do procedimento fiscal o contribuinte apresentou os extratos bancários e prestou os esclarecimentos solicitados, relacionando a movimentação bancária à Sra. Maria Maciel Almeida Braga. Ora, é fácil para o fisco intimar os depositantes dos cheques – procedimento mais importante e que não foi feito – a fim de esclarecer a natureza das operações e o vínculo com referida senhora. Infelizmente tal medida somente foi requisitada em diligência proposta por este Colegiado, quando já decorrido quase dez anos do fato gerador, sendo impossível aos bancos fornecerem dados a respeito.

Existiam evidências suficientes que demonstravam que a presunção adotada não tinha sólidos fundamentos. Neste sentido, a própria fiscalização, corretamente, durante o procedimento de investigação fiscal, tentou localizar Maria Maciel Almeida Braga, conforme relatado na Descrição dos Fatos do Auto de Infração às fls. 04/06. Obteve informações relevantes da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Ceará (fl. 128), que implica esta pessoa a atividades criminosas, inclusive com mandado de prisão em aberto (fl. 131). O princípio da verdade material decorre do princípio da oficialidade: é do interesse da administração tributária que o lançamento seja efetuado com base na verdade real.

Segundo Suzy Gomes Hoffmann4, "prova é a demonstração – com o objetivo de convencer alguém – por meios determinados pelo sistema, de que ocorreu ou deixou de ocorrer um certo fato".

[4] HOFFMANN, Suzy Gomes. Teoria da prova no Direito Tributário, Campinas, Coppola Editora, 1999, págs. 67 e 68.

Tratando da prova jurídica, a autora utiliza conceito posto por Tércio Sampaio Ferraz Junior5 (em Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 3ª Ed. São Paulo, Atlas, 1990, pág. 291), transcrito a seguir:

> *"A prova jurídica traz consigo, inevitavelmente, o seu caráter ético. No sentido etimológico do termo – probatio advém de probus que deu, em português, prova e probo – provar significa não apenas uma constatação demonstrada de um fato ocorrido – sentido objetivo – mas também aprovar ou fazer aprovar – sentido subjetivo.*
>
> *Fazer aprovar significa a produção de uma espécie de simpatia, capaz de sugerir confiança, bem como a possibilidade de garantir, por critérios de relevância, o entendimento dos fatos num sentido favorável (o que envolve questões de justiça, eqüidade, bem comum etc.)" (grifei)*

Em recente voto proferido no Acórdão nº 102-47.457, acolhido à unanimidade por este Colegiado, o i. Conselheiro Naury Fragoso Tanaka faz as seguintes ponderações:

> *(...) a verdade material deve sempre constituir objeto de busca pelo procedimento fiscal, mesmo nas situações em que a lei permite ao fisco obter o fato gerador por intermédio da ocorrência de outros que a ele estão ligados logicamente.*
>
> *(...) a busca da verdade material que se externa obrigatória pela ordem contida no artigo 142, do CTN, e para que, por utilização inadequada da base presuntiva, evite-se formalização de créditos exorbitantes e em descompasso com aquele que realmente seria devido.*

Os auditores fiscais diligenciaram para verificação "*in loco*" à residência do sujeito passivo, constatando que de fato este reside no local apontado como seu domicílio há mais de 30 (trinta) anos, sendo tal fato atestado por testemunhas, conforme se verifica à fl. 626. Também compareceram ao endereço comercial do contribuinte, na Av. Gomes de Matos, nº. 639, próximo à sua residência, verificando que no local funciona uma modesta mercearia, consoante alegado pelo autuado.

Em face ao exposto, REJEITO as preliminares de irretroatividade da Lei Complementar nº 105 e da Lei nº 10.174, ambas de 2001, e, no mérito, DOU provimento ao recurso.

Sala das Sessões-DF, 06 de novembro de 2008.

JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS

[5] HOFFMANN, Suzy Gomes. Ob. Citada, pág. 68.

## Declaração de Voto

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA

### DA IRRETROATIVIDADE DA LEI

Com a devida vênia da douta maioria do colegiado, em relação à alegação de irretroatividade da lei, tenho que a **norma que suprime direito não é norma de natureza instrumental, mas sim lei material. Imaginar que a lei nova tenha eficácia para desconsiderar direitos, que de forma plena se verificaram na vigência da lei revogada, é o mesmo que admitir que a norma revogada não produziu efeitos em relação aos fatos que se concretizaram durante sua vigência.**

Nesta linha de raciocínio, em se tratando de lançamento feito a partir da movimentação financeira, tenho enfrentado a **Preliminar de irretroatividade da lei, com as considerações e fundamentos que seguem.**

Em 25 de outubro de 1996, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, que institui a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira - CPMF, e dá outras providências, sendo que o artigo 11, § 3º, desta Lei possuía a seguinte redação:

> *"§ 3º. A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos."*

Posto o conteúdo da norma, cabe analisar a quem se destinam as expressões: **"vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos."** Tais expressões estariam conferindo algum tipo de direito aos jurisdicionados e, caso afirmativo, qual a natureza deste direito? Antes de responder estas indagações, algumas considerações se fazem necessárias para que se possam compreender as regras de proteção do sigilo bancário existentes até 1996. Assim, retroagimos ao ano de 1964 para analisar as disposições da Lei nº 4.595, norma esta com status de Lei Complementar, que dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional, e dá outras providências, contendo os seguintes preceitos no artigo 38 e respectivo § 7°, a seguir transcritos:

> *"Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.*
>
> .....
>
> *§ 1º. As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juizo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legitimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.*

*§ 7º. A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis."*

As indagações feitas anteriormente em relação à Lei nº 9.311, de 1996, valem para as disposições do artigo 38 da Lei nº 4.495, de 1964. A quem se destinam as expressões: "as informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário", contidas no § 1º do artigo 38 e a previsão do § 7º de que se constitui crime a quebra do sigilo bancário? Qual a natureza desta norma: instrumental ou material? Se tais dados estão sob o controle do Estado, ente soberano, é preciso que se compreenda o porquê este impõe limitação à sua atuação, instituindo dois outros poderes, um com a função de criar leis e outro com a tarefa de verificar a legalidade dos atos praticados pelo próprio Estado, por meio do Poder Executivo.

A propósito deste assunto e sem nos ater a digressões doutrinárias, a história revela que a humanidade percebeu que era necessário limitar as ações do Estado-soberano como forma de proteção dos indivíduos frente ao Estado. Inicialmente concebido para proteger seus súditos, houve determinado período na história em que os indivíduos passaram ter medo das ações ilimitadas do Estado, surgindo a conhecida doutrina dos "freios e contra-pesos", por meio da qual um órgão do Estado-soberado limita e fiscaliza a atuação do outro. Nesta linha, o Judiciário tem sua atuação limitada pelo Poder Legislativo, o Poder Executivo, quando age em desconformidade com a lei, tem seus atos corrigidos pelo Judiciário, sendo que os limites de atuação do Poder Legislativo são fixados por meio do pacto social que institui o Poder Constituinte que aprova norma de hierarquia superior que deve ser observada por todos.

Voltando às disposições do artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, quando tal norma prevê que somente o Poder Judiciário poderá quebrar o sigilo bancário, não nos resta dúvida que se trata de uma norma que limita a atuação do Estado-soberano e confere direito aos indivíduos, cabendo perquirir qual a natureza deste direito: material ou instrumental?

Partindo da singela concepção de que direito material deve ser compreendido como sendo a norma que confere determinado bem jurídico a alguém e de que direito instrumental se constitui da norma de que se valem os jurisdicionados para exigirem do Estado-jurisdição o bem da vida que lhes foi subtraído ou espontaneamente não lhes foi alcançado pelo obrigado, tenho que o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, era norma de natureza material. Assim, por meio do dispositivo legal aqui citado, antes de sua alteração, integrava o rol de direito de todos os indivíduos a garantia de que, sem ordem judicial, ninguém teria acesso aos seus dados bancários.

Chegando à conclusão de que o artigo 38 da Lei nº 4.595, era norma de natureza material, é preciso que se diga que as normas desta natureza só podem ser alteradas por leis de idêntica qualidade, sendo vedado, em qualquer hipótese a aplicação retroativa. Ao se admitir a aplicação retroativa de norma de natureza material voltar-se-ia aos primórdios em que os súditos não mais acreditavam no Estado que passou a ser visto como o Estado-tirano. Nenhuma garantia teria o indivíduo se o Estado, a qualquer momento, viesse elaborar leis para subtrair direitos ou prerrogativas decorrentes de relações jurídicas concebidas sob a égide de norma anterior.

Diante de tais considerações, volto ao texto do § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311, de 1996, antes de sua alteração pela Lei nº 10.174, de 2001, e peço vênia para comparar com o

artigo 38 da Lei nº. 4.495, de 1964, sendo que estou grifando as expressões em relação as quais quero fazer considerações:

| § 3º. do artigo 11 da Lei nº 9.311/96, em sua redação primitiva | Artigo 38 da Lei nº 4.595/64, em sua redação primitiva |
|---|---|
| "§ 3º. A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos." | *"Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.*<br><br>*§ 1º. As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.* |

Inequivocadamente, as expressões acima grifadas possuem a mesma natureza. Conferem aos administrados a garantia de que, salvo por ordem judicial, toda e qualquer movimentação bancária feita na vigência de tais normas, em momento algum será utilizada para quaisquer fins, que não os previstos nas leis vigentes na época em que ocorreram os depósitos bancários.

Sabidamente as leis existem e produzem efeitos até que norma subseqüente, de idêntica hierarquia, as revogue. Entretanto, é preciso que se tenha presente que a lei que vier modificar norma anterior destina-se a regular os atos da vida que se efetivarem a partir de sua vigência. **Imaginar que a lei nova tenha eficácia para desconsiderar direitos, que de forma plena se verificaram na vigência da lei revogada é o mesmo que admitir que a norma revogada não produziu efeitos em relação aos fatos que se concretizaram durante sua vigência.**

Concluindo que o § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311, de 1996, é norma de natureza material que confere aos administrados o direito de que ninguém irá investigar suas movimentações financeiras, salvo por ordem judicial, em razão da divergência jurisprudencial, ora o STJ julgando na esteira do Recurso Especial nº. 608.053 entendendo que a Lei Complementar nº. 105, de 2001 e a Lei nº. 10.174, de 2001, não têm aplicação a fatos ocorridos antes de sua vigência, "sob pena de violar o princípio da irretroatividade das leis", ora julgando na linha seguida no Recurso Especial nº 668.012, decidido por voto de desempate da Ministra Denise Arruda, admitindo a aplicação retroativa das leis aqui citadas, tramitando ainda, junto ao Supremo Tribunal Federal as Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 2406; 2397 e 2390, cujo relator é o Ministro Sepúlveda Pertence, cabe-nos fazer algumas considerações em relação aos argumentos utilizados por aqueles que admitem a aplicação das referidas leis para investigar fatos ocorridos antes do início de sua vigência que, em síntese, assim sustentam o entendimento que defendem:

> *A Lei nº. 10.174, de 2001 e a Lei Complementar nº. 105, de 2001, que introduziram, respectivamente, alterações nos artigos 11, § 3º. da Lei 9.311, de 1996 e artigo 38 da Lei 4.595, de 1964, ampliaram as hipóteses de prestação de informações bancárias, permitindo a utilização de dados a partir da arrecadação da CPMF para a*

*apuração e constituição de crédito referente a outros tributos. Havendo ampliação dos poderes em busca de informações, à luz do artigo 144, § 1º., a seguir transcrito, tratam-se de normas de natureza instrumental.*

*Art. 144.....*

*§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.*

Na linha do entendimento liderado pelo Des. Fed. Wellington Mendes de Almeida, do TRF da 4ª Região, atualmente aposentado, "mostra-se destituído de fundamento constitucional o argumento de que o art. 144, § 1º, do CTN, autoriza a aplicação da legislação posterior à ocorrência do fato gerador que instituiu novos critérios de apuração ou processos de fiscalização ao lançamento do crédito tributário, visto que este dispositivo refere-se a prerrogativas meramente instrumentais, não podendo ser interpretado de forma colidente com as garantias de inviolabilidade de dados e de sigilo bancário, decorrentes do direito à intimidade e à vida privada, elencadas como direitos individuais fundamentais no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição de 1988".

Aos fundamentos anteriormente transcritos, destaco que é preciso se ter presente de que toda **a norma que suprime direito não é norma de natureza instrumental, mas sim lei material**. Na linha do que colocamos anteriormente, quando o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, garantiu aos correntistas a inviolabilidade do sigilo bancário, salvo mediante determinação judicial, dita norma outorgou aos administrados garantia de natureza material. Idêntico entendimento aplica-se em relação ao § 3º do artigo 11 da Lei 9.311, de 1996. Não se pode dizer que o citado dispositivo possuía natureza instrumental. Tratava-se de norma de caráter material que limitava o poder do Estado-soberano frente ao indivíduo. A limitação do poder do Estado-Administração frente ao cidadão é para este uma garantia de natureza material que, se violada, legitima o ofendido a recorrer ao Judiciário, usando-se para tal as normas de natureza instrumental como, por exemplo, o mandado de segurança.

*A Lei nº 10.174, de 2001 e a Lei Complementar nº 105, de 2001, ao admitirem a utilização de dados bancários a partir da arrecadação da CPMF para a apuração e constituição de crédito referente a outros tributos, não possuem natureza instrumental porque extinguiram direito de natureza material que conferia aos contribuintes a segurança que, durante a vigência das normas que resultaram modificadas, salvo por decisão judicial, não seriam utilizados os dados referentes às operações bancárias para exigência de qualquer tributo além da CPMF.*

A propósito do assunto, o ilustre advogado paulista José Antônio Minatel, em recurso patrocinado junto à Segunda Turma do Primeiro Conselho, enfrenta o tema com a seguinte precisão:

*"Com efeito, a Lei nº 10.174/01 revogou expressamente a proibição contida na Lei nº 9.311/96, criando novo direito para a Administração tributária. Logo, verifica-se que o ordenamento posterior não se amolda ao contexto delimitado no § 1º. do artigo 144 do Código Tributário Nacional, pois a inovação legislativa não ampliou os*

*poderes de fiscalização pré-existentes, mas sim trouxe novo poder de investigação para as autoridades administrativas, permitindo a utilização de dados da CPMF para a constituição do crédito tributário, quando na legislação anterior tal procedimento era expressamente proibido."*

Ademais, registra-se que movimentação financeira, por si só, não é fato gerador do imposto de renda. Assim, em oposição aos utilizam o § 1º do art. 144, do CTN, para justificarem a retroatividade da Lei nº. 10.174 e da Lei Complementar nº. 105, ambas de 2001, para investigar a existência de outros tributos que não a CPMF, ao meu sentir, precisariam identificar, de forma prévia, a ocorrência do fato gerador, pois o artigo 144 § 1º, do CTN, faz referência "a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação". Ora, se o depósito bancário, não é fato gerador do imposto sobre a renda, não se pode falar em ocorrência de fato gerador para justificar a aplicação retroativa de tais normas.

Até o presente momento, em busca de síntese, fugi das citações doutrinárias, entretanto, em face da pertinência ao tema, não posso deixar de citar artigo de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, publicado na Revista da Faculdade de Direito da UNG Vol. 1 - 1999, pág. 197, sob o título ANOTAÇÕES SOBRE O DIREITO ADQUIRIDO DO ÂNGULO CONSTITUCIONAL, texto este também existente no CD Júris Síntese IOB, n. 57, da Editora Thomson – IOB, de onde transcrevo a seguinte paisagem:

*2. A lei no tempo*
*Como primeiro passo, registre-se o óbvio. Consiste ele em apontar que, ao tornar-se obrigatória, a lei incide no tempo. Ora, ao fazê-lo, ela "divide" o tempo em relação ao seu império. Separa o passado, anterior a ela que então não vigorava, de um novo período, presente, e futuro de duração indefinida, que persistirá enquanto ela vigorar.*
...

*6. Revogação*
*Esta é o ato por que deixa de existir uma lei, ou uma norma (embora tecnicamente se fale em derrogação quando é colhida pela "revogação" parcial) apenas uma ou algumas normas da lei até então em vigor. A revogação concerne, pois, à existência da norma. Em princípio, findando a existência da norma, cessa a sua eficácia, mas nem sempre, porque pode ocorrer a ultratividade de suas regras.*
....

*11. Fundamentos da irretroatividade*
*A principal razão que justifica a irretroatividade é ser ela necessária à segurança jurídica. De fato, esse princípio assegura que um ato praticado em determinado momento, de acordo com as regras então obrigatórias, será considerado sempre válido, mesmo que mudem as normas legais. Em conseqüência, os direitos e as obrigações que dele decorrem também serão considerados como tendo valor.*

*Outra razão é de índole lógica. Já está nas Novelas de Justiniano, segundo o recorda Carlos Maximiliano: 'Será absurdo que o que fora feito corretamente seja pelo que naquela época ainda não existia, posteriormente mudado.'*
....

*14. Exceção à irretroatividade*
*Há, porém, uma exceção à irretroatividade, sobre a qual não existe controvérsia. Trata-se da irretroatividade da "lei mais branda", ou in melius.*

Conforme escreve Roubier, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho no artigo anteriormente apontado, se a lei pretender aplicar-se a situações em curso será preciso estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da mudança da legislação, que não podem ser antigas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, pode ser aplicada. Nesta linha de raciocínio, conclui-se que as Leis nº. 10.174 de 2001 e a Lei Complementar nº 105, de 2001, ao serem aplicadas, devem estabelecer a separação entre os períodos posteriores a 10 de janeiro de 2001, data que entraram em vigor, e os períodos anteriores a 10 de janeiro de 2001, época em que o artigo 38 da Lei nº. 4.595, de 1964 e o § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.3111, de 1996, conferia aos jurisdicionados a garantia material de inviolabilidade de seus dados bancários, salvo, no último caso, para fins de cobrança da CPMF.

Para este conselheiro, com a devida vênia dos que pensam em contrário, conforme observado por TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. "a doutrina da irretroatividade serve ao valor da segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos. Essa doutrina, portanto, cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social. Seu fundamento é ideológico e se reporta à concepção liberal do direito e do Estado."

Na mesma linha dos fundamentos até aqui expostos, das lições do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, colhe-se a seguinte lição:

*"...a regra superveniente regula situações presentes e futuras. O que ocorreu no tempo transacto está a salvo de sua incidência. Em suma, porque visa reger aquilo que ora existe ou que ainda vai existir, não atinge o que já sucedeu. Respeita fatos e situações que se criaram no passado e cujos efeitos nele se esgotaram ou simplesmente se perfizeram juridicamente. Com isto em nada se afeta aquilo que já se passou e comodou na poeira dos tempos, ressalvada uma possível retroação benéfica." (In. Ato Administrativo e Direitos dos Administrados. Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 112).*

Pelo exposto, entendo que "apenas a partir da vigência da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, é possível o acesso às informações bancárias do contribuinte na forma instituída pela Lei nº 10.174/2001, ou seja, sem a requisição judicial. A aplicação desse conjunto de normas para a obtenção de dados relativos a exercícios financeiros anteriores sem autorização judicial, implica ofensa ao princípio da irretroatividade das Leis. Assim, não pode a autoridade fazendária ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte anteriores a 10.01.01, como preconiza a Lei Complementar nº 105/01, sem o crivo do judiciário."

Sala das Sessões-DF, 06 de novembro de 2008.

Moisés Giacomelli Nunes da Silva