



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA TURMA**

Processo nº 10670.000603/2002-42
Recurso nº 102-133.008 Especial do Contribuinte
Matéria IRRETROATIVIDADE DA LEI 10174/2002
Acórdão nº CSRF/04-00.758
Sessão de 03 de março de 2008
Recorrente JORGE ANTONIO DOS SANTOS
Interessado FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 1998, 2000

Ementa: APLICAÇÃO DA NORMA NO TEMPO - RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174, de 2001 - Ao suprimir a vedação existente no art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, a Lei nº 10.174, de 2001 nada mais fez do que ampliar os poderes de investigação do Fisco, sendo aplicável essa legislação, por força do disposto no § 1º, do art. 144 do Código Tributário Nacional a fatos geradores pretéritos.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os Membros da Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso especial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Gonçalo Bonet Allage que deram provimento ao recurso. O Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva apresentará declaração de voto.


ANTONIO PRAGA
Presidente


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
Relatora

FORMALIZADO EM: 19 MAI 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os
**HELENA COTTA CARDOZO, REMIS ALMEIDA ESTOL, AN
REIS E ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.**



D

Relatório

Nos termos do Despacho Presi RD/102-133.008/04, fls. 674/679, o Presidente da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes deu seguimento ao recurso especial interposto pelo contribuinte Jorge Antonio dos Santos, com relação a “irretroatividade da Lei 10174, de 2001 e negou seguimento”, por falta de comprovação da divergência quanto à “nulidade de lançamento com base em depósito bancário”, mesma conclusão expendida no despacho CSRF nº 91/2006, fls. 700/701.

O recurso especial refere-se à possibilidade de a ação fiscal utilizar-se das prerrogativas concedidas pela Lei nº 10.174, de 2001, para autuação de fatos pretéritos à sua vigência.

O Acórdão recorrido espelha a seguinte ementa, **in verbis**:

IRPF - UTILIZAÇÃO DOS DADOS DA CPMF EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL - INOCORRÊNCIA DE RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174/2001 - APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI NOVA AOS EFEITOS PENDENTES DE ATO JURÍDICO CONSTITUÍDO SOB A ÉGIDE DA LEI ANTERIOR - LEI Nº 9.311/96 - O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada, aplicando-se-lhe, no entanto, a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador, institua novos critérios de apuração ou processos de fiscalização ou amplie os poderes de investigação das autoridades administrativas (CTN, art. 144). 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, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, razão pela qual pode 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, com amparo no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e no § 1º, do art. 144, do CTN.

A recorrente, em síntese, reporta-se ao § 3º, do art. 11, da Lei 9.311, de 1996, que vedava a utilização de informações prestadas pelas instituições financeiras, na área da CPMF, para a constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições e impostos. Manifesta-se no sentido de que somente a partir dessa alteração é que se poderia proceder a lançamento com base em tais informações, não podendo retroagir para alcançar fato gerador ocorrido em data anterior a janeiro de 2001.

Argüiu, também, que sendo o IRPF imposto lançado por período certo de tempo, não poderia retroagir para alcançar fato gerador pretérito, utilizando-se o § 1º, do art. 144 do CTN, isto em face do disposto no § 2º e, ainda, porque o referido § 1º diz respeito a norma de direito tributário formal ou processual, o que não seria o caso dos autos.

A Lei nº 10.174, de 2001, ao facultar a utilização das informações da CPMF, não instituiu novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ou ampliou os poderes de investigação das autoridades administrativas, mas criou tributação efetiva, devendo se sujeitar ao princípio da anterioridade.

Traz o contribuinte ao confronto cópia de inteiro teor do Acórdão 104-19.499, que tem a seguinte ementa:

“IRPF – OMISSÃO DE RENDIMENTOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS LEI nº 10.174, de 2001 – IRRETROATIVIDADE – A Lei nº 10.174, de 2001, que alterou o art. 11, parágrafo 3º, da Lei nº 9.311, de 1996, não pode atingir fatos regidos pela lei pretérita, que proibia a utilização destas informações para outro fim que não fosse o lançamento da CPMF e zelava pela inviolabilidade do sigilo fiscal, tornando viciados, na origem, lançamentos nela originários.”

Buscando demonstrar a invalidade do lançamento transcreveu e comentou doutrina e jurisprudência afirmando que a revogação, pela Lei 10.174, de 2001, da isenção contida no § 3º, do art. 11, da Lei 9.311, de 1996 somente poderia incidir a partir de janeiro de 2002.

No despacho de admissibilidade o Presidente da Segunda Câmara afirmou estar comprovada a divergência sob o argumento de que a decisão guerreada é no sentido de que a fiscalização pode utilizar-se das prerrogativas concedidas pela Lei 10.174, de 2001 para verificar fatos pretéritos à sua vigência, enquanto no acórdão paradigma o julgado é no sentido de não acatá-la visto que à época dos fatos vigia a proibição de se utilizar dados obtidos da CPMF para fiscalização de imposto na área do imposto de renda. Ao final, dá seguimento ao apelo.

Quanto a segunda matéria, “nulidade de lançamento com base em depósito bancário”, negou seguimento, por entender que a divergência não restara comprovada.

No agravo interposto, o despacho de fls.695/699, bem definiu a matéria quando assim versou:

A negativa ao seguimento da matéria em comento deu-se sob o fundamento de não ter o recorrente apresentado “(...) cópia autenticada de inteiro teor nem cópia de publicação de até duas ementas de acórdãos de outras câmaras dos Conselhos de Contribuintes para comprovar dissídio jurisprudencial”, acrescentando tratar-se de falha insanável.

No agravo, argüi a defesa haver transcrito a ementa, indicado numeração dos acórdãos e dos processos e o órgão julgador, afirmando que tais informações são suficientes para se suprir a juntada do inteiro teor da decisão. Acrescentando que o art. 37 da Lei nº 9.784, de 1999, determina que o órgão detentor do documento indicado pela parte deve instruir o processo com a respectiva cópia.

Volta a transcrever, no agravo, as ementas referentes aos Acórdãos 106-10.782, 106-10360, 102-29.473 e 102-43.826.

Nos termos do art. 37 da Lei nº 9.784, de 1999, junto aos autos cópia de inteiro teor dos Acórdãos 106-10.782 e 106-10.360.

Cristalino o dispositivo regimental determinando a juntada de até duas ementas, por matéria. Assim, apenas as duas primeiras ementas são passíveis de confronto, considerando-as priorizadas pelo recorrente. Observa-se, ainda, que as demais ementas referem-se a julgados da própria Câmara recorrida. Portanto absolutamente imprestáveis à divergência, também por expressa disposição regimental, já levado ao conhecimento do contribuinte através de transcrição do inciso II do art. 32 do Despacho de admissibilidade (fls. 677/678).

Imprescindível, também por força regimental, competir ao recorrente demonstrar, fundamentadamente, a divergência argüida.

*Da peça recursal, verifica-se que o contribuinte deixou de realizar o necessário cotejo analítico entre as decisões postas em confronto. Não existe ao menos uma linha onde tenha procurado demonstrar as circunstâncias identificadoras do argüido dissídio jurisprudencial, não se dando sequer ao trabalho de identificar, com clareza e objetividade, os pontos da pretensa divergência argüida, onde e por quais motivos os arestos trazidos à colação divergiam do *decisum* atacado.*

Não realizando o recorrente o devido cotejo, objetivando comprovar o pretendido dissídio jurisprudencial, entre o texto do acórdão atacado e o texto do acórdão trazido a confronto, há de se aplicar, por inteiro, in casu, a decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferida no julgamento do Recurso Especial n.º 1.963, em 02/10/90, cujo acórdão está assim ementado:

“DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DECISÕES DO MESMO TRIBUNAL. EMENTAS. DEMONSTRAÇÃO.

I – São inservíveis para a apresentação de dissenso jurisprudencial decisões do Tribunal a quo. Súmula n.º 369 do Supremo Tribunal Federal.

II – Desserve à demonstração de divergência de interpretação da lei federal a simples transcrição de ementas de acórdãos dados como paradigmas. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

III – A mera juntada de cópias do acórdão indicado como padrão não corresponde à comprovação de dissídio pretoriano.

IV – Recurso especial não conhecido. Unânime”.

Do voto do eminente Relator, Ministro Fontes de Alencar, extrai-se a seguinte lição:

“A juntada de cópias das duplicações que contêm os acórdãos apontados como dissidentes não exime o recorrente do encargo de demonstrar analiticamente a divergência, mediante o confronto das partes idênticas ou semelhantes do acórdão recorrido e dos apontados

como paradigma (RTJ 93/1.133; cf. RTJ 81/902, 92/346).” (destacamos) A condição “*sine qua non*”, portanto, é que não só o interessado *exponha* os fundamentos do seu pedido mas que, essencialmente, *demonstre fundamentadamente* que o acórdão recorrido e o(s) trazido(s) à colação são manifestamente divergentes, o que não ocorreu na espécie dos autos.

Assim, de plano, cabível a observação de que o recurso especial apresentado pelo recorrente não merece seguimento haja vista a ausência de manifestação sobre ponto essencial (*fundamentação da divergência*, v. RI dos Conselhos de Contribuintes, art. 33, § 2º).

Tivesse o contribuinte levado a cotejo os fundamentos da decisão contidos nos votos dos Acórdãos trazidos ao confronto, verificaria que os fatos geradores então levados a julgamento referiam-se aos anos-calendário de 1990 a 1992, na vigência da Lei nº 8.021, de 1990.

Vejamos os fatos levados a julgamento no Acórdão 106-10.782, destacando a seguir:

“ABADIO DA SILVA BOAVENTURA, já qualificado nos autos, responde pelo auto de infração de fls. 40, que lhe atribui, **no ano-base de 1990, exercício de 1991, o ilícito de não haver declarado rendimentos tributáveis, que foram arbitrados com base na renda presumida, mediante utilização de sinais exteriores de riqueza, caracterizada por depósitos bancários e aplicações financeiras incompatíveis com os rendimentos declarados e sem comprovação de origem, tudo nos valores e conforme fundamentos legais indicados na peça acusatória. O lançamento se louva em dados constantes dos quadros demonstrativos de fls. 36 e 37, elaborados pelos autuantes.**” (destacamos) Com os fatos acima, o julgado manifesta o seguinte posicionamento:

Conheço do recurso, por preenchidas as condições de admissibilidade. No mérito, procedem os questionamentos do Recorrente quanto aos critérios que presidiram a **ação fiscal voltada para o arbitramento com base em sinais exteriores de riqueza incompatíveis com os rendimentos declarados**. Os argumentos de defesa ferem basicamente dois pontos: a) a impropriedade de se considerarem depósitos bancários e aplicações financeiras como rendimentos; b) o início arbitrário e aleatório da apuração em abril de 1990, desconsiderando, sem motivação, os meses anteriores em que os recursos superaram os dispêndios.

Transcrevo do voto do Acórdão 106-10.360, *in verbis*:

“Nessas condições, sempre que a exigência fiscal se apresente sob a forma de arbitramento calcado em extratos bancários, com base legal na Lei nº 8.021, de 1990, esta instância administrativa sem rejeitá-la in limine, averigua se foram adotadas as seguintes cautelas: a) o procedimento não pode ser aplicado a períodos-base anteriores a 1990; b) é imprescindível que seja comprovada a utilização dos valores depositados como renda consumida; c) deve ficar demonstrado o nexo causal entre cada depósito e o fato que represente omissão de

rendimentos; d) a modalidade de arbitramento adotada será mais favorável ao contribuinte."

Por sua vez, no Acórdão guerreado, a exigência se apóia no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que não se refere a arbitramento de renda mas a presunção de omissão. Ou seja, diploma legal distinto alcançando hipótese de incidência também distinta. Logo, referidos julgados não são hábeis ao dissídio haja vista que o pressuposto basilar da divergência é interpretação distinta da lei tributária, isto é, do mesmo dispositivo de lei.(...)

Cientificada em 11.12.2006, fls 704, a Fazenda Nacional não apresenta contra-razões ao especial.

É o Relatório



Voto

Conselheira Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Relatora

O recurso é tempestivo. Preenchidos os pressupostos estabelecidos no Regimento Interno desta Câmara Superior, dele tomo conhecimento.

Passo à análise do recurso especial frente ao entendimento do Colegiado da Segunda Câmara no tocante à retroatividade da Lei nº 10.174, de 2001, convalidando crédito tributário com base nas informações prestadas por instituição financeira, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105 e na Lei nº 10.174 ambas de 2001.

Alega a Recorrente que a Lei 10174/01 não poderia alcançar fatos geradores perfeitos e acabados, por ofensa ao princípio da irretroatividade. Restaria incorreta a utilização da CPMF, instituída pela Lei 9311/96, para dar sustentação a lançamento de outros tributos, porque na redação original o art. 11 proibía tal utilização.

Há confusão quanto ao entendimento de que não poderia o fisco utilizar os dados da CPMF para verificar a existência de créditos tributários de outra natureza até a revogação do artigo 11, parágrafo 3º, da Lei 9311/1996. A Recorrente argumenta que a permissão para o lançamento só caberia para os fatos geradores ocorridos após 11 de janeiro de 2001, a partir da edição da Lei 10174, em 2001.

Contudo, esta não parece a melhor conclusão, porque a Lei Complementar 105 não traz em si critério material. Representou apenas mais um instrumento de fiscalização, em consonância com o princípio da inquisitorialidade e da indisponibilidade dos bens públicos, contido no comando do parágrafo 1º do artigo 144 do CTN, como se depreende à sua leitura:

"Artigo 144 - O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Parágrafo 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, ampliando 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 a terceiros."

A discussão se prende ao possível desrespeito ao princípio da irretroatividade. A Lei 10174, não criou tributo. Apenas apresentou mais um instrumento de fiscalização, para que a administração tenha seus procedimentos fiscalizatórios "em tempo real" visando coibir as novas formas de subterfúgios que são empregados para fuga à tributação. Por outro lado se poderia também questionar a existência do parágrafo primeiro do artigo 144 do CTN. Senão para casos como dos autos, para que serviria?

Ademais, o lançamento para o imposto de renda das pessoas físicas se enquadrou no artigo 42 da Lei 9430/1996, cuja redação é a seguinte:

"Artigo 42 Caracterizam-se também como omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações."

A autoridade lançadora provou a ocorrência do fato constitutivo do direito de lançar do fisco. A prática adotada pela contribuinte demonstrou, inequivocamente, sua omissão de rendimentos no tocante aos depósitos bancários mantidos à margem da declaração do IRPF no período fiscalizado.

A cobrança ora realizada tenta recompor operações realizadas pela Contribuinte cujos efeitos tributários não foram reconhecidos de forma regular, pois houve oferecimento à tributação em valor insuficiente, frente à verdade material, em estrita observância à legislação de regência.

O Superior Tribunal de Justiça, através de sua Segunda Turma, à unanimidade de votos, posicionou-se nos termos da ementa a seguir transcrita:

"TRIBUTÁRIO - SIGILO BANCÁRIO - INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO COM BASE EM REGISTROS DA CPMF - LEGISLAÇÃO POSTERIOR APLICADA A FATOS PRETÉRITOS.

1. Doutrina e jurisprudência, sob a égide da CF 88, proclamavam ser o sigilo bancário corolário do princípio constitucional da privacidade (inciso XXXVI do art. 5º), com a possibilidade de quebra por autorização judicial, como previsto em lei (art. 38 da Lei 4.595/96).

2. Mudança de orientação, com o advento da LC 105/2001, que determinou a possibilidade de quebra do sigilo pela autoridade fiscal, independentemente de autorização do juiz, coadjuvada pela Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, alterada pela Lei 10.174/2001, para possibilitar aplicação retroativa.

3. Afasta-se a tese do direito adquirido para, encarando a vedação antecedente como mera garantia e não princípio, aplicar-se a regra do art. 144, § 1º, do CTN que pugna pela retroatividade da norma procedimental.

4. Recurso especial provido."

Resp 532004/SC; RECURSO ESPECIAL2003/0054435-9

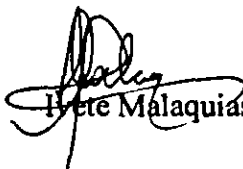
Relatora Ministra ELIANA CALMON - SEGUNDA TURMA - 06/09/2005

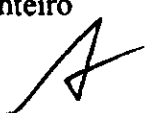
A matéria também já foi ventilada em Sessões anteriores neste Colegiado, no sentido de ser legítima a retroatividade da legislação ora em apreço, podendo-se citar o Acórdão CSRF /04-00.021, de 15/03/2005 e, apenas a título de esclarecimento ao i. Recorrente, o Acórdão 104-19.499, objeto de recurso especial por parte da Fazenda Nacional, foi levado à apreciação nesta Turma, na Sessão de 13/12/2005, decidindo o Colegiado, ainda que à maioria de votos, Dar

provimento ao apelo da Fazenda Nacional, reconhecendo a retroatividade ora em apreço, nos termos do Voto proferido no Acórdão CSRF/04.00.148.

Portanto, como razão não assiste ao Recorrente. Voto no sentido de NEGAR provimento ao apelo.

Sala das Sessões, em 03 de março de 2008


Ivete Malaquias Pessoa Monteiro



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 § 7º, 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 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.

§ 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 4.595, 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-soberano 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-jurisdicção 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 a 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 vênica para comparar com para o artigo 38 da Lei nº. 4.595, 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
2 "§ 3º. A Secretaria da Receita Federal guardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para a constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos."	3 "Art. 38. <u>As instituições financeiras guardarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.</u>
	4 § 1º. <u>As informações e documentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se darão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a autoridade ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.</u>

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 subsequente, de igual 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.

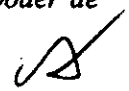
Na linha do entendimento liderado pelo Des. Fed. Wellington Mendes de Almeida, do TRF da 4ª. Região, atualmente aposentado, “mostra-se destituído de fundamento constitucional o argumento de que o art. 144, § 1º, do CTN, autoriza a aplicação da legislação posterior à ocorrência do fato gerador que instituiu 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 consequência, 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. 9.311, 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 TERCIO 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."

Moisés Giacomelli Nunes da Silva

