



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

**Processo nº** 13888.002716/2003-14  
**Recurso nº** 158.635 Voluntário  
**Matéria** IRPF - Ex(s): 1999 a 2001  
**Acórdão nº** 102-49.273  
**Sessão de** 11 de setembro de 2008  
**Recorrente** SILVIO RICARDO GERCIANO  
**Recorrida** 3ª TURMA/DRJ-SALVADOR/BA

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

Ano-calendário: 1998

**DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA  
CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA**

Se a fundamentação do ato decisório, ainda que sucinta, permite ao contribuinte o pleno conhecimento das razões que levaram ao indeferimento de seu pleito, é de se afastar a qualquer nulidade por conta de suposto cerceamento de direito de defesa.

**PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL. CERCEAMENTO  
DO DIREITO DE DEFESA**

No caso de infração baseada em presunção legal, não se configura cerceamento do direito de defesa e qualquer ofensa ao princípio da verdade material, se o sujeito passivo não oferece qualquer elemento probante.

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

A apreciação de ilegalidade e inconstitucionalidade da legislação tributária não é de competência da autoridade administrativa, sendo exclusiva do Poder Judiciário.

**OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE  
EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS**

A Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

**SIGILO BANCÁRIO**

Havendo procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos

Estados, não constitui quebra do sigilo bancário, mas mera transferência de dados protegidos pelo sigilo bancário às autoridades obrigadas a mantê-los.

#### IRPF - LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - CONTA CONJUNTA

Tratando-se de conta bancária conjunta, a tributação com fulcro em omissão de rendimentos calcada em depósitos bancários, deve se dar rateando-se os valores dos depósitos de origem não justificada entre os co-titulares. O preceito que atribui a cada um dos co-titulares da conta bancária a responsabilidade pela omissão de rendimentos não veicula norma que modifica os aspectos materiais do tributo, devendo-se aplicar a fato geradores pretéritos.

#### APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 E LEI Nº. 10.174/2001

Não é nulo o lançamento em que se aplica retroativamente a Lei Complementar nº 105 e a Lei nº. 10.174, ambas de 2001, já que se trata do estabelecimento de novos critérios de apuração e processos de fiscalização que ampliam os poderes de investigação das autoridades administrativas.

#### DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. DOCTRINA. EFEITOS

As decisões judiciais e administrativas invocadas, sem uma lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário. Assim, seus efeitos não podem ser estendidos genericamente a outros casos, somente se aplicam à questão em análise e vinculam as partes envolvidas naqueles litígios, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade de lei, que não é o caso dos julgados transcritos. A doutrina reproduzida não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, sobretudo em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade.

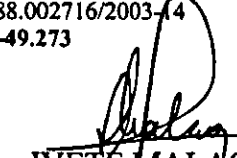
Preliminares rejeitadas.

Recurso negado.

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 nulidade do lançamento, por quebra e 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; por unanimidade de votos, AFASTAR as demais preliminares e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.



  
IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO  
Presidente

  
EDUARDO TADEU FARAH  
Relator

FORMALIZADO EM: 2.2 DEZ 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Silvana Mancini Karam, José Raimundo Tosta Santos, Alexandre Naoki Mishioka, Núbia Matos Moura, Vanessa Pereira Rodrigues Domene e Moisés Giacomelli Nunes da Silva.



## Relatório

Silvio Ricardo Gerciano recorre a este conselho contra a decisão de primeira instância, proferida pela 3ª TURMA/DRJ-SALVADOR, pleiteando sua reforma, nos termos do recurso voluntário de fls. 583 a 617.

Trata-se de exigência de IRPF, relativo a rendimentos apurados com base em depósitos bancários de origem não comprovada. Foi lançado imposto de R\$ 486.657,25 mais acréscimos legais, totalizando R\$ 1.121.406,11.

O contribuinte foi regularmente intimado a justificar a origem dos depósitos (fl. 218). Como se trata de conta conjunta, o contribuinte Samir José Triveloni da Silva também foi intimado a justificar a origem dos depósitos (fl. 310).

O impugnante apresenta, em síntese, os seguintes argumentos (fls. 521/546):

(a) O valor da autuação supera em muitas vezes o patrimônio do signatário, tornando-se inviável o seu pagamento; (b) Ilegitimidade do lançamento realizado exclusivamente com base em depósitos bancários; (c) O impugnante não foi cientificado pessoalmente; (d) Seria impraticável para o interessado, sem o auxílio da própria instituição financeira comprovar a origem dos recursos que foram creditados no prazo concedido; (e) A solicitação direta de extratos à instituição financeira quando ainda vigente o prazo de atendimentos concedido ao contribuinte vicia todo o procedimento da administração tributária, pois não houve recusa de apresentação dos extratos por parte do contribuinte; (f) As provas decorrentes do uso dos extratos bancários são ilícitas, conforme acórdãos do Conselho de Contribuintes; (g) O auditor fiscal deveria ter aprofundado as investigações e não autuar individualmente os sócios e sim a pessoa jurídica; (h) Ilegalidade do uso das informações do CPMF para constituição do crédito tributário; (i) Inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário; (j) Questiona o procedimento que tributa com base em extratos bancários; (k) Indica não ser possível a aplicação retroativa da lei a ato ou fato pretérito, particularmente a Lei 10.174/2001; (l) Apresenta Contrato de Compromisso de Compra e Venda datado de 02 de março de 1998 e o Distrato de Instrumento Particular de Promessa de Construção e de Compra e venda futura de unidade autônoma do Condomínio Residencial Thebas, datado de 10 de julho de 2002, que demonstram a operação com bens imóveis e a origem dos recursos movimentados junto a instituições financeiras; (m) Que a apuração do IRPF não considerou os rendimentos que já haviam sido oferecidos à tributação, ocorrendo, portanto um bi-tributação; (n) Deixou de excluir as transferências ocorridas entre as agências.

A DRJ proferiu Acórdão nº 15-12.401, mantendo o lançamento, do qual se extrai resumidamente:

### Da Quebra do Sigilo Bancário

O contribuinte defende a tese de que o sigilo bancário foi quebrado ilegalmente, contrariando o disposto nos arts. 5º, incisos X e XII, todos da Constituição Federal.



A DRJ transcreve os art 1º, §3º, III; art 5º, §§ 4º e 5º da Lei Complementar nº 105 de 2001; art 197, II; 198 e 199 da Lei nº 5.172 de 1966; art 5º, X e XII da CF; art 38 § 7º da Lei nº 4595 de 1964; art 325 do Código Penal; art 918, 998, §§ 2º e 3º, art 999 do Decreto nº 3000 de 1999 e Comunicado BACEN/DEFIS 373/1987 a fim de demonstrar e comprovar que a alegação do contribuinte no que tange à preliminar de quebra do sigilo bancário não pode prosperar.

A informação obtida junto às instituições financeiras pela Autoridade Fiscal, está amparada legalmente e não implica em quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais. O sigilo bancário tem por finalidade a proteção contra a divulgação ao público dos negócios das instituições financeiras e de seus clientes.

O sigilo de que trata o art. 5º, XII da Constituição Federal em nada se comunica com informações acerca de movimentações bancárias, portanto, não houve nos autos infringência ao dispositivo constitucional prescrito no art. 5º, incisos X, XII e LVI. A Constituição Federal prevê a proteção à inviolabilidade da privacidade e dados, contudo, em seu art 145, § 1º conferiu à Administração Pública o direito de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, o que não lhes tira o direito à privacidade, visto que a Fazenda Pública tem obrigação de sigilo.

**Da Inexistência de Intimação Pessoal e o Prazo Reduzido para Produção de Provas**

O julgamento de primeira instância concluiu que não procede a pretensão do contribuinte quanto à arguição de nulidade, vez que a hipótese prevista de nulidade dos atos processuais, entre os quais se inclui os autos de infração, refere-se ao caso em que a lavratura tenha sido feita por pessoa incompetente, o que não veio a ocorrer na situação presente.

A fase oficiosa, primeira fase do procedimento, é de atuação (exclusiva da autoridade tributária), que busca obter elementos que demonstrem a ocorrência do fato gerador. Nessa fase, o procedimento tem caráter inquisitorial. Não há, ainda, exigência de crédito tributário formalizado, inexistindo, conseqüentemente, resistência a ser oposta pelo sujeito fiscalizado.

Através dos fatos descritos no demonstrativo das infrações nas fls.10/11 o contribuinte teve pleno conhecimento dos ilícitos tributários, podendo assim exercer, sem qualquer restrição, seu direito de defesa, o que se constata, facilmente, pelo que foi apresentado.

**Da Presunção Legal de Omissão de Rendimento**

O artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito.

A presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários está condicionada à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do sujeito passivo, em instituições financeiras, ou seja, tem-se a autorização para considerar



ocorrido o “fato gerador” quando o contribuinte não logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, não havendo a necessidade do fisco juntar qualquer outra prova.

O interessado alega que os recursos seriam procedentes de suas empresas, o que não é suficiente para elidir o lançamento, necessário seria a apresentação de documentação comprobatória que indique, com razoável precisão, que os valores lançados tem uma origem comprovada.

Em relação a Súmula nº 182 do antigo Tribunal Federal de Recursos, a DRJ esclarece que refere-se a momento histórico distinto, no qual não era possível formular uma presunção legal com base em depósitos bancários; por conseguinte, não abrange o caso em comento, que tem por base legal o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, cuja legalidade e constitucionalidade não consta tenham sido objeto de decisão judicial *erga omnes*, nem que tivessem sido judicialmente questionadas pelo interessado, levando-se ainda em conta que, em face das disposições do art. 144 do CTN, aplica-se ao lançamento a legislação vigente na data da ocorrência do fato gerador.

#### Da Regularidade do Procedimento Adotado

Segundo a DRJ, o fiscal não poderia presumir a existência de uma pessoa jurídica, pois, não é isso que na essência está ocorrendo, o lançamento foi realizado na pessoa física estando devidamente fundamentado.

O recorrente entende que a origem dos depósitos seria comprovada apenas com o fato de que realizou transações com imóveis. A questão é identificar como se disponibilizou esse crédito ou dinheiro para o recorrente, pois nenhuma prova foi apresentada.

Argumentos que pretendem considerar como origem, de modo genérico, a totalidade de recursos disponíveis, mesmo que regularmente declarados não são admitidos, conforme o § 3º da Lei 9.430/1996. Assim, para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados “*individualizadamente*”. O contribuinte deve comprovar a coincidência de datas e valores, através de documentação hábil e idônea, não se admitindo argumentos genéricos. Em relação às transferências bancárias entre as contas, o interessado alega que teria ocorrido a bi-tributação, conquanto não identifica as operações.

#### Da Requisição dos Extratos Bancários aos Bancos

As requisições dos extratos bancários foram feitas aos bancos através de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), nos termos do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, em virtude do fato de ter sido verificado que o interessado não cumpriu o prazo previsto para apresentação dos extratos.

Conforme termo de verificação fls. 418/419 a prorrogação oferecida ao interessado relaciona-se ao tempo para comprovação dos depósitos bancários. As Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira expedidas, portanto, não são nulas.

#### Da Inconstitucionalidade

Por ser prerrogativa exclusiva do poder judiciário, não cabe na esfera administrativa a apreciação de argumentos que questionam a inconstitucionalidade das leis.



### Da Irretroatividade da Lei Complementar 105/2001

O princípio da irretroatividade da lei é atinente aos aspectos materiais do lançamento, não alcançando os procedimentos de fiscalização ou de formalização da respectiva exigência, desta forma, a Lei Complementar nº 105/01, vigente a partir de 2001, pode ser utilizada para fiscalizar exercícios anteriores à sua vigência

A legislação a ser utilizada em relação aos aspectos formais ou simplesmente procedimentais é a vigente na data do lançamento, pois, para efeito de fiscalização o sistema tributário segue a regra da retroatividade das leis, previsto no artigo 144, § 1º do CTN.

### Decisões Administrativas e Jurisprudência Invocadas

Não se aplica ao presente processo, a teor do art. 100, II, do CTN, por inexistir lei que lhes atribua eficácia normativa. Ressalte-se ainda, que no tocante às decisões judiciais mencionadas, o interessado não figura em qualquer dos pólos da relação jurídica.

Silvio Ricardo Gerciano apresenta recurso voluntário (fls. 583 a 617), sustentando, em síntese:

(a) Autoridade julgadora incompetente; (b) Falta de motivação do ato decisório, deixando de apreciar os itens 13, 14 e 15 do relatório da DRJ (cerceamento de defesa); (c) Violação do princípio da verdade material; (d) Que não foi cientificado pessoalmente; (e) A solicitação direta de extratos bancários às instituições financeiras quando ainda vigente o prazo de atendimento concedido ao contribuinte (prova ilícita); (f) Que o lançamento deveria ser feito em nome da empresa "MG Corretora de Seguros Ltda" e não em nome dos sócios; (g) Alega a ilegalidade do uso das informações do CPMF; (h) Suscita a inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário; (i) Questiona o procedimento que tributa apenas com base em extratos bancários; (j) Indica não ser possível a aplicação retroativa da lei a ato ou fato pretérito, particularmente, a Lei 10.174/2001; (k) Que a apuração do IRPF não considerou os rendimentos que já haviam sido oferecidos à tributação, ocorrendo, portanto um bi-tributação; (l) Que o lançamento deixou de excluir as transferências ocorridas entre agências; (m) Que deixou de considerar valores oriundos de recebimento vinculados ao Contrato de Compra e Venda, datado de 02 de março de 1998 e do Distrato de Promessa de Construção e de Compra do Condomínio Residencial Thebas; (n) Transcreve inúmeras decisões judiciais e administrativas, bem como posicionamento de vários doutrinadores.

É o relatório.



## Voto

Conselheiro EDUARDO TADEU FARAH, Relator

Conheço do recurso, vez que é tempestivo e com o atendimento dos pressupostos legais e regimentais de admissibilidade e passo a análise do pleito do contribuinte:

Voto

PRELIMINARES

AUTORIDADE JULGADORA INCOMPETENTE

O recorrente alega que a decisão de primeira instância foi proferida por autoridade incompetente, uma vez que a instauração da fase litigiosa do procedimento se deu perante a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo II - SP e se julgamento oporreu pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador - BA.

A referida preliminar de nulidade deve ser refutada em função da edição da Portaria SRF nº 101 de 29/01/2207 - DOU 30/01/2007, que transferiu para DRJ de Salvador, competência para julgamento do Processo Administrativo Fiscal nº: 13888.002716/2003-14.

FALTA DE MOTIVAÇÃO DA DECISÃO

O contribuinte alega nulidade da decisão de primeira instância por ausência da fundamentação, pois em seu voto o Relator deixou de se manifestar sobre os itens 13, 14 e 15 do relatório do acórdão. Novamente não procede a alegação do contribuinte. A decisão da Delegacia de Julgamento (fls. 572) se encontra fundamentada e revestida de legalidade não podendo ser invalidada sem que se demonstre de forma clara e objetiva sua improcedência. O julgado analisou a integralidade dos elementos processuais e apreciou os argumentos impugnatórios, inexistindo, desta forma, preterição do direito de defesa.

Quando a origem do depósito bancário não for devidamente comprovada é considerado uma omissão de receita ou rendimento, conforme previsto no art. 42 da Lei nº 9.430/96. A falta de contraditório probatório pelo contribuinte dá ensejo à transformação do indício de presunção de omissão de rendimentos, em disponibilidade econômica ou jurídica.

Neste sentido, se a fundamentação do ato decisório, embora sucinta, permite ao contribuinte o pleno conhecimento das razões que levaram ao indeferimento de seu pleito, é de se afastar qualquer nulidade por conta de suposto cerceamento de direito de defesa.

PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

Não merece prosperar a preliminar de violação ao princípio da verdade material e cerceamento do direito de defesa, quando da análise dos autos verifica-se que todos os fatos que levaram à autuação foram legalmente constituídos. Ressalta-se que a defesa apresentada denota plena compreensão dos fundamentos de fato e de direito que levaram à autuação. Nos

casos de infração baseada em presunção legal, não se configura qualquer ofensa ao princípio da verdade material, se o sujeito passivo não oferece qualquer elemento probante para ilidir a presunção legal operada pelo fisco.

### SIGILO BANCÁRIO

O contribuinte defende a tese de que a quebra de sigilo é inconstitucional, portanto, é ilegítima a utilização desses dados para a apuração do crédito tributário. O argumento trazido pelo recorrente deve ser refutado conforme se verá adiante.

Antes da Lei Complementar 105/2001, as informações bancárias encontravam-se reguladas pela Lei 4.595/64. O artigo 38 da referida lei possibilitava acesso aos dados bancários apenas por decisão judicial. Com a edição da Lei Complementar 105 de 10 de janeiro de 2001, que revogou o artigo 38 da Lei 4.595/64, o sigilo bancário passou a ter novo disciplinamento, na forma dos arts. 5º e 6º, a seguir transcrito:

*“Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.*

(...)

*§ 4º Recebidas às informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.*

*§ 5º As informações a que se refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.*

(...)

*Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.*

(...)

*Art. 13. Revoga-se o art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.”*

Assim, a Lei Complementar 105/2001, flexibilizou a regra de acesso as informações bancárias, não sendo necessária autorização judicial para autoridade fiscal. Contudo, este acesso não constitui quebra de sigilo. As informações obtidas permanecem protegidas, pois a Lei Complementar estabeleceu novo critério de apuração e fiscalização, ampliando o poder de investigação das autoridades administrativas.



Corroborando, o inciso II do art.197 do C.T.N, obriga as entidades financeiras fornecer ao Fisco as informações solicitadas para fins de fiscalização:

Diz o referido dispositivo legal que:

*"Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros.*

(...)

*II – os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras."*

Cumpra esclarecer que as informações obtidas pelo fisco permanecem protegidas. A própria Lei nº 5.172/1.966 (C.T.N), em seu artigo 198, veda sua divulgação para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública Nacional ou de seus funcionários, sem prejuízo do disposto na legislação criminal.

Assim, a Administração Pública tem o direito de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, o que não lhes tira o direito à privacidade, visto que a Fazenda Pública tem obrigação de sigilo, conforme demonstrado anteriormente.

Havendo procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados, não constitui quebra do sigilo bancário, mas mera transferência de dados protegidos pelo sigilo bancário às autoridades obrigadas a mantê-los.

Em outra passagem o recorrente considera ilegal o lançamento em função de requisição de informação bancária ter sido efetuada diretamente à instituição financeira, sem aguardar o prazo de resposta do recorrente.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fl. 418), a requisição só foi emitida em função do não atendimento em relação ao extrato do Bradesco. O prazo adicional concedido para prestação de informações, relaciona-se, exclusivamente, ao tempo para comprovação dos depósitos bancários. Desta forma, não há como prosperar a arguição de ilegalidade trazidas pelo recorrente.

#### ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

As leis regularmente editadas segundo o processo constitucional mantêm essa presunção de legitimidade até que sejam declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, na via direta, ou pelos demais órgãos do Poder Judiciário, *inter partes*, no controle difuso de constitucionalidade. De qualquer modo, somente o Poder Judiciário Nacional tem autorização constitucional para afastar a aplicação de lei regularmente editada.

A Autoridade Administrativa não dispõe de competência legal para examinar a constitucionalidade/legalidade de leis inseridas no ordenamento jurídico nacional (competência privativa do Poder Judiciário – artigo 102, da Constituição). Esse entendimento foi pacificado no 1º Conselho de Contribuinte, conforme Súmula nº 2:



*“O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”*

#### **APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº. 10.174/2001**

O recorrente questiona a irretroatividade da Lei nº 10.174/2001, pois, de acordo com seu argumento, não é possível sua aplicação a fato pretérito.

As disposições da Lei nº 10.174/2001 relativas à utilização das informações da CPMF para fins de instauração de procedimento fiscal relacionado a outros tributos não se restringem a fatos geradores ocorridos posteriormente à edição da lei, pois, 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, nos termos do art. 144, §1º, do CTN:

*“Art. 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.*

*§ 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 tributária a terceiros.”*

Assim, a Lei nº 10.174, de 2001, não estabeleceu nova forma de determinação do imposto. 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.

Neste sentido, importante ressaltar o disposto no Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional nº 1649/2003, aprovado pelo Despacho do Ministro da Fazenda, Sr. Antonio Palocci Filho, em 08/01/2004, cuja conclusão é reproduzida a seguir.

*“(…) IV - Conclusão*

*81. Ante o exposto, conclui-se:*

*81.1) alteração introduzida na parte final do § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, por força da Lei nº 10.174, de 2001, deve ter aplicação imediata, de modo que a Secretaria da Receita Federal está autorizada a utilizar as informações obtidas no âmbito da fiscalização da CPMF, já disponíveis ou obtidas após o advento da nova Lei, para, após o início da vigência da Lei nº 10.174, de 2001, instaurar procedimento administrativo com o objetivo de verificar a ocorrência do fato gerador de obrigação tributária relativa a tributo distinto da CPMF e de realizar o lançamento respectivo, ainda que se trate de obrigação cujo fato gerador tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 10.174, de 2001;*

*81.2) não se trata, no caso, de aplicação retroativa da Lei nº 10.174, de 2001, mas da sua aplicação imediata, com espeque no princípio tempus regit actum, no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, e no § 1º*

*do art. 144 do Código Tributário Nacional, pois não ocorre, no caso, ofensa potencial a ato jurídico perfeito, a direito adquirido ou a coisa julgada, devendo-se, apenas nesta última hipótese, realizar o exame caso a caso;*

(...)

*8.4) o § 2º do art. 144 do Código Tributário Nacional não constitui exceção à regra do § 1º do mesmo dispositivo, não sendo relevante para o deslinde da questão relativa à aplicação no tempo da alteração introduzida pela Lei nº 10.174, de 2001;*

*8.5) os dispositivos da Lei Complementar nº 105, de 2001, que autorizam o acesso da administração tributária a informações bancárias mais detalhadas acerca da vida financeira dos contribuintes não são inconstitucionais;*

*8.6) os Conselhos de Contribuintes não estão autorizados, atualmente, a afastar a aplicabilidade desses dispositivos com fundamento na sua inconstitucionalidade, mas compete-lhes apreciar se o acesso às informações em questão foi realizada com a observância do devido processo legal;*

*8.7) a aplicação no tempo dos dispositivos da Lei Complementar nº 105, de 2001, ou não oferece conflitos de direito intertemporal, ou, se admitido o conflito, há de ser regulada mediante a regra da aplicação imediata, adotando-se a mesma solução proposta para a Lei nº 10.174, de 2001, por se tratar de disciplina jurídica de aspectos processuais da atividade de lançamento."*

A Lei Complementar nº 105, vigente a partir de 2001, poderia ser utilizada para fiscalizar exercícios anteriores à sua vigência, posto que esse princípio é atinente aos aspectos materiais do lançamento, não alcançando os procedimentos de fiscalização ou de formalização da respectiva exigência, pois em relação a estes a legislação a ser utilizada é a vigente na data do lançamento.

Desta forma, não houve aplicação retroativa da Lei nº 10.174/2001, mas apenas sua aplicação imediata sobre os efeitos ainda pendentes dos atos jurídicos praticados ou constituídos sob a vigência da Lei nº 9.311/1996.

#### UTILIZAÇÃO DA CPMF

Segundo o recorrente o uso das informações do CPMF é ilegal, portanto, o lançamento deve ser julgado insubsistente.

A Lei nº 9.311/1996 vedava à utilização das informações recebidas pela Receita Federal, por conta do recolhimento da CPMF, pois, de forma indireta, estava-se autorizando o acesso do fisco a informações bancárias sem que houvesse lei complementar regulando a matéria. Com a edição da Lei Complementar nº 105/2001, foi regulamentado o acesso de autoridades fiscais a informações bancárias, a norma que vedava a utilização dos dados da CPMF para a constituição de outros créditos tributários perdeu a razão de sua existência, motivo pelo qual a restrição foi abolida pela Lei nº 10.174/2001.



O art. 144, § 1º da Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – CTN), dispõe que se aplica ao lançamento à 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.

Conclui-se que a alteração da redação do art. 11 da Lei nº 9.311/96, pela Lei nº 10.174/2001, autorizando a utilização, antes vedada de dados a que já tinha acesso a fiscalização, para fins de constituição de créditos tributários relativos a outras contribuições ou impostos, que não a CPMF, constitui, simplesmente, uma ampliação dos poderes de investigação à disposição da Fiscalização Federal, sendo aplicável a fatos geradores anteriores à vigência referida Lei.

Os dados da CPMF servem apenas como motivador para a seleção de contribuintes, ou seja, não são utilizados para efetuar o lançamento, pois, o lançamento é realizado com base nos extratos bancários fornecidos pelo contribuinte ou requisitados pela fiscalização diretamente à instituição financeira.

Nesse sentido, é importante ressaltar o disposto no Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional nº 1649/2003, aprovado pelo Despacho do Ministro da Fazenda, Sr. Antonio Palocci Filho, em 08/01/2004, cuja conclusão é reproduzida a seguir.

*"(...) IV - Conclusão*

*81. Ante o exposto, conclui-se:*

*81.1) alteração introduzida na parte final do § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, por força da Lei nº 10.174, de 2001, deve ter aplicação imediata, de modo que a Secretaria da Receita Federal está autorizada a utilizar as informações obtidas no âmbito da fiscalização da CPMF, já disponíveis ou obtidas após o advento da nova Lei, para, após o início da vigência da Lei nº 10.174, de 2001, instaurar procedimento administrativo com o objetivo de verificar a ocorrência do fato gerador de obrigação tributária relativa a tributo distinto da CPMF e de realizar o lançamento respectivo, ainda que se trate de obrigação cujo fato gerador tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 10.174, de 2001;*

*81.2) não se trata, no caso, de aplicação retroativa da Lei nº 10.174, de 2001, mas da sua aplicação imediata, com espeque no princípio tempus regit actum, no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, e no § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional, pois não ocorre, no caso, ofensa potencial a ato jurídico perfeito, a direito adquirido ou a coisa julgada, devendo-se, apenas nesta última hipótese, realizar o exame caso a caso;*

*81.3) não está correto o entendimento adotado pela Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, de que a Lei nº 10.174, de 2001, criou nova hipótese de incidência do imposto de renda;*

*8.4) o § 2º do art. 144 do Código Tributário Nacional não constitui exceção à regra do § 1º do mesmo dispositivo, não sendo relevante*

*para o deslinde da questão relativa à aplicação no tempo da alteração introduzida pela Lei n° 10.174, de 2001;*

*8.5) os dispositivos da Lei Complementar n° 105, de 2001, que autorizam o acesso da administração tributária a informações bancárias mais detalhadas acerca da vida financeira dos contribuintes não são inconstitucionais;*

*8.6) os Conselhos de Contribuintes não estão autorizados, atualmente, a afastar a aplicabilidade desses dispositivos com fundamento na sua inconstitucionalidade, mas compete-lhes apreciar se o acesso às informações em questão foi realizada com a observância do devido processo legal;*

*8.7) a aplicação no tempo dos dispositivos da Lei Complementar n° 105, de 2001, ou não oferece conflitos de direito intertemporal, ou, se admitido o conflito, há de ser regulada mediante a regra da aplicação imediata, adotando-se a mesma solução proposta para a Lei n° 10.174, de 2001, por se tratar de disciplina jurídica de aspectos processuais da atividade de lançamento."*

O recorrente cita diversas decisões de tribunais superiores para fundamentar sua contrariedade em relação ao lançamento em apreço. Contudo, decisões judiciais e administrativas, sem uma lei que lhes atribuam eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário.

#### CIÊNCIA POR VIA POSTAL

Segundo o recorrente o auto de infração teria sido enviado por via postal, tornando o lançamento ilegal.

Cumpra esclarecer ao contribuinte que não há ordem de preferência entre a intimação pessoal e por via postal. Tendo a fiscalização optado pela intimação por via postal, considera-se a ciência do auto de infração na data do seu recebimento no domicílio fiscal do contribuinte. O Decreto n° 70.234/72 e claro quanto se refere à ciência por via postal, fixando que esta se dá com a prova do recebimento no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, senão vejamos:

*Art. 23. Far-se-á a intimação:*

*(...)*

*II – por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova do recebimento no domicílio fiscal eleito pelo sujeito passivo;*

Esse entendimento está consolidado neste Primeiro Conselho de Contribuintes, conforme Súmula n° 9:

*"É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário. (Publicada no DOU, Seção 1, dos dias 26, 27 e 28/06/2006)"*



## MÉRITO

### OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

O contribuinte sustenta a impossibilidade de se presumir omissão de receitas com base em depósitos bancários e de se tributar uma não renda.

A presente tributação da omissão de rendimentos provenientes de depósitos bancários pautou-se no art. 42 e parágrafos, da Lei nº 9.430, de 1996, que estabeleceu, a partir de 01/01/1997, uma presunção legal de omissão de rendimentos, autorizando o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprovasse, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento. Transcreve-se, a seguir, o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, que embasou o lançamento:

*“Art. 42. Caracterizam-se também 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.*

*§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.*

*§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.*

*§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:*

*I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;*

*II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).*

*§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.*

(...)

Como se depreende da leitura do dispositivo legal acima, os depósitos bancários cujo titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimada, não comprovar



a origem, mediante documentação hábil e idônea, tornam-se sujeitos à tributação, por presunção legal de omissão de rendimentos. Este caso há uma inversão do ônus da prova característica das presunções relativas, que admite prova em contrário.

A autoridade fiscal ao constatar a existência dos depósitos bancários nos limites que a lei prevê, intima o contribuinte a comprovar a origem dos mesmos, como ocorreu na presente ação fiscal, cuja comprovação o contribuinte não fez. Diante da situação, ficou configurada a hipótese de incidência presente no ordenamento legal.

Para a comprovação da origem dos depósitos é necessária a vinculação de cada depósito a uma operação realizada, já tributada, isenta ou não tributável ou que será tributada após ser identificada, por meio de documentos hábeis e idôneos.

Não comprovada a origem dos recursos, a autoridade fiscal deve considerar os valores depositados como rendimentos tributáveis e omitidos na declaração de ajuste anual, efetuando o lançamento do imposto correspondente. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do Princípio da Legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente a observância da legislação.

É função do fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento, examinar a correspondente declaração de rendimentos e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos/informações/ esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de rendimentos de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Contudo, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte.

Em um primeiro momento os depósitos bancários se apresentam como simples indicio da existência de omissão de rendimentos. Entretanto, esse indicio se transforma na prova da omissão de rendimentos, quando o contribuinte, tendo a oportunidade de comprovar a origem dos recursos aplicados em tais depósitos, se nega a fazê-lo, ou não o faz satisfatoriamente. Se lograsse demonstrar qual a efetiva origem de seus créditos bancários, seriam estes excluídos da matéria tributável.

Não logrando o titular comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, tem-se a autorização para considerar ocorrido o fato gerador, forma do artigo 43 do Código Tributário Nacional:

*Art. 43 - O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:*

*I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;*

*II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.*

*§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001);*



Em face de ausência de esclarecimentos da origem respectiva, a fiscalização considerou como efetiva a disponibilidade econômica representada pelos créditos bancários. Assim, a base de cálculo do imposto é o montante apurado pela fiscalização, na forma do artigo 44 do Código Tributário Nacional:

*Art. 44 - A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis (grifei).*

Portanto, não comprovada a origem dos depósitos levantados pelo Fisco, os mesmos serão presumidos como rendimentos auferidos pela auçada no ano-calendário em apreço. Assim tem decidido o Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, conforme ementa a seguir transcrita:

*“Ementa - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a Lei 9.430/96, em seu artigo 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. (Acórdão 106-13086, ocorrido em sessão de 05/12/2002).”*

A simples alegação genérica não pode ser considerada suficiente para refutar, inequivocamente, que os valores não correspondem a disponibilidade econômica ou renda do contribuinte e que os mesmos já foram oferecidos a tributação em um momento anterior.

Segundo o recorrente o presente lançamento é ilegal, pois deveria ter sido efetuado na “MG Corretora de Seguros Ltda” que à época constituía-se de uma sociedade de “fato”.

O argumento trazido pelo contribuinte deve ser refutado, pois, não foi carreado aos autos qualquer documento comprobatório, atestando que os recursos depositados nas contas bancárias são oriundos da pessoa jurídica. O atuado, em sua defesa, anexa uma Alteração Contratual da “MG Corretora de Seguro Ltda” (fls 629 a 634), datada de 01 de agosto de 2003, em que Silvio Ricardo Gerciano transfere a totalidade de suas cotas a Samir José Triveloni da Silva. Cumpre esclarecer que o auto de infração refere-se aos anos calendários de 1998 a 2002. Nesse sentido, não há elemento de prova capaz de sustentar a alegação do contribuinte.

O atuado alega que não foi considerada a exclusão na base de cálculo do valor de R\$70.000,00, oriundo de recebimento vinculado ao Contrato de Compromisso de Compra e Venda datado de 02 de março de 1998. De acordo com o Contrato de Compromisso de Compra e Venda o valor referente a R\$ 70.000,00 (fl.548), foi pago pelo adquirente do imóvel ao atuado da seguinte forma: R\$60.000,00, a vista em 02 de março de 1998, e o restante em 10 parcelas de R\$ 1.000,00. Todavia, no dia informado pelo Contrato ou em datas próximas, não foi possível identificar o ingresso do recurso oriundo da referida operação (fls 425 e 426). O atuado não informa, em sua impugnação, a data do efetivo recebimento, razão pela qual não há como considerá-lo comprovado.

O recorrente solicita ainda a exclusão do valor de R\$ 48.000,00, decorrente do Distrato de Promessa de Construção e de Compra do Condomínio Residencial Thebas, datado



de 10 de julho de 2002 (fl 549). Entretanto, no dia constante do Distrato ou em datas próximas, não foi possível identificar o ingresso do recurso oriundo da referida operação. Novamente, como o autuado não informa a data do efetivo recebimento, assim, não há como considerar como comprovado o valor de R\$48.000,00.

O contribuinte alega que a movimentação financeira da conta corrente nº 52800 do Bradesco, é de responsabilidade do segundo titular, Samir José Triveloni da Silva, anexando, em seu recurso voluntário, Ação Judicial de Exceção de Pré-executividade (fls 618 a 622) e cópias de cheques emitidas da conta corrente nº 052800 do Bradesco (fls 624 a 627).

Como a característica da conta corrente nº 052800 do Bradesco é conjunta solidária, neste sentido deverá ser observado o § 6º do art. 42, da Lei nº. 9.430 de 1996, a saber:

*§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares."*

(...)

A ação judicial informada pelo recorrente se aplica para o fim que se propõe. Com efeito, seu julgado não se aproveita em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão, portanto, não pode ser considerada como prova para a exclusão de todos os depósitos/créditos efetuados na referida conta. Em relação aos cheques emitidos não há como considerá-lo, pois, o auto de infração refere-se a "Omissão de Depósitos de Origem não Comprovada", sendo necessário provar com documentação hábil e idônea a origem dos depósitos/créditos efetuado na respectiva conta bancária. Os cheques emitidos apenas demonstram que foram assinados pelo segundo titular, Samir José Triveloni da Silva. Desta forma, o lançamento deve ser mantido integralmente.

O contribuinte questiona, genericamente, ainda que houve bi-tributação, em relação aos rendimentos objeto do lançamento e em relação as transferências de valores ocorridas entre agências bancárias. Contudo, o mesmo não identifica e tampouco comprova com documentação hábil e idônea as referidas alegações, razão pela qual fica prejudicada a análise da manifestação do contribuinte.

#### DOUTRINAS E DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS CITADAS

O contribuinte acrescenta ao recurso voluntário diversas doutrinas e decisões judiciais e administrativas, como argumentos de combate ao lançamento. Contudo, a doutrina transcrita não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, sobretudo em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade.

As decisões judiciais e administrativas invocadas, sem uma lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário. Assim, seus efeitos não podem ser estendidos genericamente a outros casos, somente se aplicam à questão em análise



vinculando, apenas, as partes envolvidas naqueles litígios, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade de lei, que não é o caso dos julgados transcritos.

Sala das Sessões-DF, em 11 de setembro de 2008.



EDUARDO TADEU FARAH

## 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 4.495, 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-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-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 vênias 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, <u>vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos.</u> "	<i>"Art. 38. <u>As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.</u></i> <i>§ 1º. <u>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.</u></i>

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 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. Havendq*

*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 9.311, 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."

Sala das Sessões-DF, 11 de setembro de 2008.

  
Moisés Giacomelli Nunes da Silva