



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

Processo n° 19515.001403/2002-74
Recurso n° 106-140505 Especial do Contribuinte
Matéria IRRETROATIVIDADE DA LEI 10174/2002
Acórdão n° CSRF/04-00.838
Sessão de 03 de março de 2008
Recorrente Ralph Michan Chalan
Interessado Fazenda Nacional

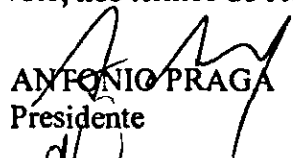
Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

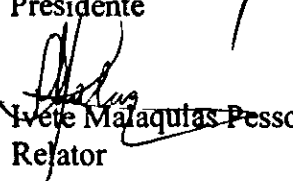
Ano-calendário: 1998,9

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.

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. 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, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTÔNIO PRAGA
Presidente


Ivete Malaquias Pessoa Monteiro
Relator

19 MAI 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo, Remis Almeida Estol, Ana Maria Ribeiro dos Reis e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho.

Relatório

Nos termos do Despacho 106-132/2006, fls. 708/710, o Presidente da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes deu seguimento ao recurso especial interposto pelo contribuinte Ralph Michan Chalan, onde pede o reconhecimento da impossibilidade de prosperar a exigência fiscal constituída com base na aplicação retroativa da Lei 10174, de 2001, antes de sua vigência, nos termos da lei de introdução ao código Civil.

O acórdão recorrido, 106-15.083, fls.634/651, traz a seguinte ementa:

NORMAS PROCESSUAIS. COMPETÊNCIA FUNCIONAL - São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, em caráter privativo, constituir, mediante lançamento, o crédito tributário relativamente aos tributos e às contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal conforme determinação legal.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA - Em face da competência fixada em lei ordinária, o Auto de Infração lavrado em conformidade com as normas definidas no Processo Administrativo Fiscal tem validade e eficácia no mundo jurídico, a despeito de eventuais inobservâncias a regras de controle da fiscalização estabelecidas no instrumento denominado Mandado de Procedimento Fiscal instituído por ato administrativo.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - A presunção legal de omissão de rendimentos, prevista no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo mediante documentação hábil e idônea.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. EXTRATOS BANCÁRIOS. MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS - O uso de informações relativas à movimentação financeira prestadas à Secretaria da Receita Federal pelas instituições financeiras, de acordo com o art. 11, § 3º da Lei nº 9.311, de 24.10.1996, com a redação dada pela Lei nº 10.174, de 2001, são meios lícitos de obtenção de provas tendentes à apuração de crédito tributário na forma do art. 42 da Lei nº 9.430/96.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA - Nos lançamentos de ofício é cabível a aplicação da multa no percentual de 75%, que poderá ser agravada ao percentual de 112,5% nos casos em que o contribuinte, deliberadamente, deixa de prestar informações indispensáveis à formalização do lançamento.

Recurso provido parcialmente



Arguiu divergência entre esta conclusão e aquela proferida no acórdão 104-19.695 de 04/12/2003, conforme espelha a ementa a seguir transcrita:

Ementa: IRPF - OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - LC 105, DE 2001 - DECRETO Nº. 3.274, DE 2001 - Os dispositivos da Lei Complementar nº 105, de 2001 e do Decreto nº. 3.274, de 2001, que regulamentou seu art. 6º, por sua irretroatividade, tornam viciado, na origem, a tributação, como omissão de receitas, de valores através deles apurados, pretéritos à sua promulgação. IRPF - CPMF - IRRETROATIVIDADE - LEI Nº 9.311, DE 1996 - LEI Nº 10.174, DE 2001 - Por força do art. 11, § 3º, da Lei nº. 9.311, de 1996, vigente até a data de promulgação da Lei nº 10.174, de 2001, eventual pretensão da aplicação retroativa deste último diploma legal implica em lacerar diretamente a segurança do ordenamento jurídico. Recurso provido.

Em vasto arrazoadado pede a revisão do decidido e conseqüente cancelamento da exigência.

A Fazenda Nacional apresenta contra-razões ao especial, fls. 711/718.

É o Relatório



Voto

Conselheira Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Relatora

O recurso é tempestivo. À época de sua interposição havia a divergência apontada, portanto, preenchidos se encontravam os pressupostos de admissibilidade estabelecidos no Regimento Interno desta Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Em que pese os termos do § 5º do artigo 15 do RICSRF, para que se evite o argumento de supressão de instância passo a análise da matéria oferecida à discussão.

O entendimento do Colegiado da Sexta 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, é prevalente neste Colegiado.

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

A Lei n. 10.174, de 2001, ao alterar a parte final do § 3º do art. 11 da Lei n. 9.311, de 1996, eliminou apenas a limitação do exercício da atividade administrativa de lançamento de outros tributos, a partir de informações recebidas através da CPMF. O sigilo fiscal continuou, posto que inerente à própria atividade de fiscalização. Mesmo porque a limitação não fazia sentido. Seria como se conceder uma renúncia fiscal expressa para um ilícito tributário, apoiado em um ato jurídico imperfeito e deformado.

Não compreendemos a alteração introduzida através da Lei n. 10.174, de 2001, como ofensiva ao sigilo bancário ou fiscal. A utilização das informações sobre a vida financeira do contribuinte está em consonância com o princípio inquisitório e do dever de cooperar ao qual se submetem todas as pessoas físicas e jurídicas. Demais disso, a administração tributária já dispunha de instrumento legal para compelir o contribuinte a prestar essas informações, a Lei n. 9.430/1996, artigo 42. O que trouxe o novo dispositivo normativo foi a simplificação dos procedimentos, concedendo mais consistência à aferição da capacidade contributiva do sujeito passivo e, em nenhum procedimento analisado, foi o único elemento a instruir a ação fiscal.

À questão de direito intertemporal interposta, ou seja, da impossibilidade de negar vigência à redação antiga do § 3º do art. 11 da Lei n. 9.311, de 1996, até o ano calendário de 2000, implica em análise da vigência da lei no tempo. A regra geral é que a nova lei tem aplicação imediata e não pode ser retroativa, devendo ser aplicada somente aos fatos ocorridos a partir de sua edição.

Quando a nova lei não dispõe especificamente quanto à sua vigência no tempo a regra aplicável é a norma do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro combinada com o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Nos casos de aplicação imediata da lei nova, segundo previsão também constitucional, há necessidade de obediência ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

No caso dos autos não vemos onde houve ferimentos desses princípios. Há direito adquirido para acobertar ilícitos? O ato jurídico, viciado e simulado pode ser qualificado de “perfeito”? Como, nesses casos, obedecer ao princípio da juridicidade? É bom o direito que se pretende preservado? O direito de delinquir e subtrair a informação correta de base de cálculo dos tributos? Qual bem jurídico se pretende preservar?

Estamos diante de relações jurídicas de direito obrigacional, que vinculam o sujeito passivo a partir do nascimento das circunstâncias descritas em lei como suficientes à sua constituição. Fato jurídico ocorrido, os efeitos se instalam no mundo das obrigações. O mais relevante implica no pagamento da obrigação, de preferência de forma voluntária. Em não havendo ânimo espontâneo, o efeito desse fato jurídico é prolongado no tempo enquanto não se extinguir a obrigação. O limite temporal para a administração exercer seu poder/dever de cobrar o cumprimento da obrigação é a decadência, através da sua atividade vinculada de administrador tributário.

No caso específico, quanto à aplicação no tempo da alteração introduzida pela Lei n. 10.174, de 2001, temos que ver se essa alteração regulou o nascimento da obrigação tributária ou se disciplinou os efeitos daí decorrentes. Em havendo nascimento da obrigação tributária, há um fato jurídico determinado, nascido em um tempo igualmente determinado. Sua definitividade é aquele momento e a sua “regência planetária” será do signo do seu nascimento. Por outro lado, os efeitos decorrentes deste nascimento vão no tempo até a “sua morte” (decadência).

Qual é a causa primeira da incidência do imposto? Auferir renda(nos termos do artigo 43 do CTN). Ocorreu este fato impositivo nessas movimentações financeiras no período compreendido entre a edição da Lei n. 9.311/1996 e a Lei n. 10.174/2001? Os lançamentos combatidos respondem que sim. Havia lei que autorizava sua constituição (o artigo 42 da Lei n. 9.430/1996). Então estaríamos diante de uma colisão de normas. Qual deveria prevalecer? Socorrendo-nos dos princípios constitucionais, usando-os como “vetores de soluções interpretativas”, veremos quais as interpretações possíveis.

A Lei n. 10.174, de 2001, ao permitir à administração tributária utilizar as informações recebidas a partir do conhecimento da CPMF, na instauração de outros procedimentos tendentes a conferir créditos tributários de outra ordem, apenas ampliou os poderes de fiscalização do Estado, trazendo para o mundo jurídico fatos tributários sempre encobertos pelo beneplácito da “nuvem negra” que paira sobre o mercado financeiro, na suposta garantia do sistema vigente. Essa Lei apenas concedeu eficácia a dispositivos que existiam mas não se efetivavam, satisfatória ou tempestivamente. (parágrafo 1º. do artigo 145 da Constituição Federal e artigo 42 da Lei n. 9.430/1996).

O procedimento fiscal tem consonância com a disposição contida no parágrafo 1º. do artigo 144 do Código Tributário Nacional, nos termos do Parecer PGF/CAT n. 1649/2003, de 8 de janeiro de 2004.-**Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jan. 2004. Seção 1, p. 7-12.

A

(...)

45. Com efeito, quando o caput do art. 144 do CTN dispõe que “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”, consagra a aplicação do princípio *tempus regit actum* em relação ao nascimento da obrigação tributária, pois, se esta é um fato jurídico que se aperfeiçoa em um momento certo e definido, rege-se pela lei vigente nesse momento, não sendo atingida por lei superveniente, ainda que o ato administrativo que reconhecer e declarar a existência dessa obrigação - o lançamento - seja praticado posteriormente. Por outro lado, quando o § 1º desse mesmo dispositivo estabelece que “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...”, determina a aplicação do mesmo princípio *tempus regit actum*, mas agora em relação a um dos efeitos que decorre do nascimento da obrigação tributária, consistente na possibilidade de que o credor exija o cumprimento compulsório da obrigação inadimplida, situação jurídica que se prolonga no tempo, de modo que, estando ainda pendente quando do advento da lei nova, passa a ser por ela disciplinada.

46. Observe-se que, tanto o caput, quanto o § 1º do art. 144 do CTN, consagram o critério da aplicação imediata da lei nova (*tempus regit actum*). O que os distingue é que o fato regulado no caput do dispositivo ocorre, de regra, em um momento certo e determinado, de modo que, sendo definitivamente constituído sob a égide de determinada lei, não é atingido pelas leis subseqüentes; de outro lado, a atividade regulada no § 1º do dispositivo, que envolve um dos efeitos do fato a que se refere o caput, se prolonga no tempo, sendo atingida pelas alterações normativas posteriores, desde que observados os limites constitucionais do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada. Assim, o art. 144 do CTN não estabelece hipóteses de aplicação retroativa da legislação tributária, quer no caput, quer no § 1º, pois não pretende que a lei nova seja aplicada a fatos já definitivamente constituídos sob a égide da lei anterior. O art. 144 do CTN apenas evidencia como deve ser aplicado o princípio *tempus regit actum* em matéria de lançamento, no que se refere aos seus dois aspectos (ato declaratório da existência da obrigação tributária e atividade constitutiva do crédito tributário, esta última envolvendo o poder de fiscalização).

À possível interpretação doutrinária de que o parágrafo 2º do artigo 144 do CTN seria uma ressalva ao parágrafo 1º, nos casos dos impostos lançados por períodos certos de tempo (caso do imposto de renda), prevalecendo, portanto o comando do caput do artigo, não é de compreensão unânime. E decisão do STJ já responderia satisfatoriamente a questão.

Ruy Barbosa Nogueira, no. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 230, ao comentar o § 2º do art. 144 do CTN, o faz no capítulo inserido nos “Efeitos Jurídicos do Lançamento” destacando a sua importância sobre as obrigações tributárias para aplicação da lei no tempo, mas da lei material, posto que trata de fato gerador e não da

cobrança deste mesmo fato. O dispositivo explicitaria que, nos impostos lançados por períodos certos de tempo, a ocorrência do fato gerador é a data fixada pela lei que o instituiu. Por isto somente a partir dessa data teria início o decurso do prazo para o lançamento. Por isto o § 2º do art. 144 do CTN não fixaria uma regra diferenciada de direito intertemporal para aspectos procedimentais do lançamento. O que nos leva a concluir, por exclusão, que esta se faz através do parágrafo 1º do artigo 144, a própria razão da existência deste dispositivo, se não, para que serviria sua inserção no Código?

Por fim e não menos importante é a Lei complementar 105/2001. No tocante ao acesso direto da administração tributária aos dados financeiros constantes das movimentações bancárias também entendemos que teria vigência imediata, a ela se aplicando os mesmos fundamentos consignados à lei ordinária que fortificou (10.174/2001). Isto porque, o artigo 38 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, já permitia o acesso direto do administrador tributário às informações bancárias, sem necessidade de prévia autorização judicial, por isto não haveria conflito de leis no tempo. Como as leis n. 10.174/2001 e n. 9.311/1996 estavam no mesmo patamar hierárquico o que, aparentemente, deixava evidente a colisão entre o comando de suas normas, a Lei Complementar n. 105 veio como forma de o legislador dizer da importância deste dispositivo na consecução da justiça fiscal pretendida na Carta de 1988.

Ainda poderíamos, fazendo uma ilação, (e comparando os efeitos da Lei Complementar n. 105 às emendas à constituição, como forma de correção da jurisprudência) entender que o Legislativo com esta Lei pede, “gentilmente”, ao Judiciário que reveja seu posicionamento na interpretação do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, quando, por exemplo, assim decidiu:

CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO:QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO.CF ART.5º X.

I – Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege, art. 5º.,X, não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimentos estabelecidos em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. II – Recurso não conhecido. Votação Unânime (BRASIL. Ministério da Fazenda. Recurso especial n. 219780/Pe, 1999).

• CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. BANCÁRIO:QUEBRA. CF ART.129, VIII.

I – A norma inscrita no inciso VIII do art. 129 da CF não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a CF consagra, art. 5º.,X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente, e sem intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa.

II – RE não conhecido (BRASIL. Ministério da Fazenda. Recurso Especial n. 2153301/CE, 1999).

Em sentido contrário a este entendimento veio a Lei Complementar n. 105, de 2001 o que possibilitará a Suprema Corte rever seu posicionamento frente à realidade que hoje

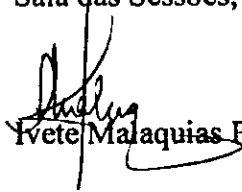
X

7

pode ser oferecida quanto a esta matéria. Onde o poder judiciário poderá, através da ponderação dos valores insculpidos na Constituição, definir quais aqueles que deverão ser preservados. Mesmo porque o entendimento desta Corte quanto ao conteúdo normativo do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal não partiu da expressa disposição daquele comando. E, também como exercício de argumentação, vemos que o legislador, quando quis estabelecer reserva de jurisdição para a violação, o fez expressamente (inciso XII do artigo 5º.) e ali não incluiu o sigilo bancário. Isto reafirma nossa compreensão de que a Lei n. 10.174/2001, (apoiada na LC 105/2001) apenas ratificou disciplina legal existente. Mas mesmo para quem entende que para efetivar o comando da norma contida no art. 38 da Lei n. 4.595, de 1964, haveria necessidade de prévia autorização judicial, e que a Lei Complementar n. 105, de 2001, inovou na disciplina da matéria, também, nos termos do parágrafo 1º. do artigo 144 do CTN, não haveria impedimento legal a sua vigência imediata por tratar este dispositivo de procedimento de fiscalização.

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, serão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo admitir 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 transação 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

