



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

Processo n° 10140.002663/2002-98
Recurso n° 141.601 Voluntário
Matéria IRPF - Ex(s): 1999
Acórdão n° 102-49.207
Sessão de 07 de agosto de 2008
Recorrente MARIA DE OLIVEIRA MENDES
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-CÂMPO GRANDE/MS

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1999

NULIDADE DO LANÇAMENTO - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Auto de Infração que se argúi ser prematuro não implica em cerceamento do direito de defesa. Se não há subsunção entre os fatos e a hipótese tributária, a questão a ser dirimida reporta-se ao exame da materialidade da exigência fiscal.

EXTRATO BANCÁRIO - DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. A Lei complementar 105, de 10/01/2001, definiu o âmbito de aplicação do conceito de sigilo com relação às informações bancárias, dispensando a administração tributária da autorização judicial para obtê-las, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. A alegação de inconstitucionalidade não pode ser apreciada na esfera administrativa, por ser prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

LEGISLAÇÃO QUE AMPLIA OS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE - É incabível falar-se em irretroatividade da lei que amplia os meios de fiscalização, pois esse princípio atinge somente os aspectos materiais do lançamento.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OPERAÇÕES COMERCIAIS. Comprovado que os valores creditados em conta bancária têm origem em atividade comercial, a exigência tributária deve ser dirigida à tributação específica.

Preliminares rejeitadas.

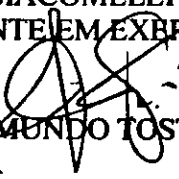
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto.

1

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, REJEITAR as preliminares. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva, que dava provimento em relação a preliminar de irretroatividade. No mérito, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.


MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA
PRESIDENTE EM EXERCÍCIO


JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS
RELATOR

FORMALIZADO EM: 12 SET 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Silvana Mancini Karam, Núbia Matos Moura, Alexandre Naoki Nishioka, Rubens Maurício Carvalho (Suplente convocado), Sidney Ferro Barros (Suplente convocado) e Eduardo Tadeu Farah. Ausentes, justificadamente, as Conselheiras Vanessa Pereira Rodrigues Domene e Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário que pretende a reforma do Acórdão DRJ/CGE nº 2.351, de 06/06/2003 (fls. 349/355), que, por unanimidade de votos, manteve integralmente o Auto de Infração às fls. 220/256.

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

“Maria de Oliveira Mendes, acima qualificada, foi autuada a recolher o Imposto de Renda Pessoa Física que, acrescido dos juros de mora calculados até 30/08/2002 e da multa proporcional de 75%, resultou no montante do crédito tributário de R\$ 3.562.001,35, relativo ao período de 31/01/1998 a 31/12/1998, tendo em vista a apuração, pela fiscalização, de depósitos e créditos bancários efetuados em contas correntes mantidas nas agências do Banco Real S/A e Banco Itaú S/A, conforme vem explicitado às fls. 221-222 do Auto de Infração e demonstrativos de fls. 220-256, acompanhados dos documentos de fls. 01-219 (1º v.).

2. Intimada da autuação em 30/09/2002 (fls. 259), a interessada apresentou impugnação em 30 de outubro de 2002 (fls. 271-295 do 2º v.), onde alegou, após historiar a autuação, em síntese, o seguinte:

2.1 – Preliminarmente, nulidade do auto de infração por prematuro, pois deveria obedecer ao procedimento preconizado no art. 142 do CTN, precedido de diligências durante as quais seria intimada, por escrito, para prestar esclarecimentos, sujeitando-se ao disposto no art. 928 do RIR, o qual reproduziu, tendo direito de resposta, daí a nulidade lançamento que interrompeu a fase investigatória de constituição do crédito tributário;

2.2 – Quebra do sigilo bancário, com violação do inciso X do art. 5º da Constituição Federal, matéria essa que está para ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, mas seja qual for o seu resultado, não existe fundamento que possibilite devassar seu sigilo bancário por inexistência de ordem judicial ou de lei que o permitisse, consoante acórdãos trazidos à colação;

2.3 – No mérito, a tributação é confiscatória, pois o valor lançado em apenas um ano suplanta em muito todo o patrimônio do casal, o que contraria o art. 150, IV da Constituição Federal;

2.4 – A tributação é improcedente, tendo incidido sobre os depósitos bancários em si e não sobre eventual omissão de renda que eles pudessem evidenciar; e essa forma de imposição foi reconhecida legalmente como descabida pelo Decreto-Lei nº 2.471, de 1988, art. 9º, inciso VII, que cancelou os débitos e arquivou os respectivos processos que tiveram origem na cobrança do imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou depósitos bancários, e consoante decisões judiciais e administrativas trazidas à colação;

2.5 – Para tributar a partir de valores depositados em contas bancárias é preciso conjugar essas informações com as mais existentes para saber se os créditos em contas de fato constituem renda;

2.6 – Como se vê da planilha anexa (doc. 13) a soma dos saldos mantidos dia a dia nos dois bancos em que operou nunca ultrapassou a quantia de R\$ 301.428,18, o que ocorreu em 31/08/1998, quando o casal contava com recursos advindos de sua atividade rural. Preparou também um demonstrativo de movimentação financeira durante o ano de 1998 (doc. 14) mostrando que considerando as receitas das atividades rurais do casal, contou com recursos compatíveis com a movimentação financeira;

2.7 – Se houve erro foi por parte do seu marido que ao declarar separadamente os rendimentos da atividade pecuária, incorreu em infração, pois a pessoa que o auxiliava nos controles enviou dados incorretos para o escritório de contabilidade que elabora sua declaração de rendas; contudo, usando da faculdade prevista no art. 138 do CTN, ele retificou sua declaração de renda do exercício de 1999 (doc. 15) e recolheu o valor apurado com juros, conforme cópia de DARF anexa (doc. 16), de modo que da análise se concluirá que o casal possuía patrimônio suficiente para movimentar aquele valor em giro; possuía reserva financeira vinda do ano anterior e receita auferida no ano de 1998;

2.8 – É indevida a incidência dos juros pela taxa Selic e quando muito se existisse parcela a tributar, incidiria juros de 1% ao mês nos termos do art. 161, § 1º do CTN, tendo decidido o STJ, no Rec. Esp. Ac. nº 215.881-PR pela inconstitucionalidade da utilização da Selic para fins tributários (fls. 17), ferindo ainda o princípio da anterioridade, bem como pelas demais razões que alinhavou.

2.9 – Por fim, em face das razões apresentadas, solicitou a declaração de nulidade do auto de infração ou, no mérito, a improcedência da tributação.

3. Juntou os documentos e demonstrativos de fls. 296 a 333; às fls. 334 foi juntado extrato com os valores lançados. Baixado o processo em diligência (fls. 336), foram juntadas cópias da declaração de ajuste anual simplificada original e retificadora do Sr. Manoel Mendes (ano-calendário 1998), marido da autuada (fls. 339-347).

Ao apreciar o litígio, o Órgão julgador de primeiro grau afastou as preliminares argüidas e, no mérito, julgou procedente a exigência tributária em exame, resumindo o seu entendimento na seguinte ementa:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 31/01/1998 a 31/12/1998

EMENTA: NULIDADE. AUTUAÇÃO PREMATURA.

Não é prematuro nem implica em nulidade o auto de infração lavrado após esgotado o prazo para a interessada justificar a origem dos valores depositados em suas contas correntes.

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO.

Nos termos da legislação em vigor, o fisco tem acesso às informações bancárias da contribuinte, desnecessitando de autorização judicial.

INCONSTITUCIONALIDADE.

É defeso em sede administrativa discutir-se sobre a constitucionalidade das leis em vigor.



Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF Período de apuração: 31/01/1998 a 31/12/1998 Ementa: OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Configuram omissão de rendimentos sujeita ao imposto os valores depositados em conta corrente da contribuinte sem que esta justifique sua origem.

Lançamento Procedente

Em sua peça recursal (fls. 375/416), a Recorrente reitera as questões suscitadas ante o julgador de primeiro grau: alega a nulidade do lançamento, por prematuro; a falta de fundamento para a quebra do sigilo bancário, por inexistência de lei ou ordem judicial e irretroatividade da Lei Complementar nº 105/2001; o confisco tributário, pois a imposição fiscal relativa a apenas um ano, o de 1998, suplanta, em muito, o valor de todo o patrimônio do casal; a tributação improcedente, pois assentada exclusivamente sobre créditos tributários (menciona o Decreto-lei nº 2.471/1988, Súmula nº 182 do EX-TRF, jurisprudência administrativa e judicial); a tributação sobre os depósitos bancários, no presente caso, foi mantida no julgamento *a qu*, sob o argumento de que a planilha (doc 13 – que demonstra que o saldo mantido nos dois bancos nunca passou de R\$301.428,18) e os documentos juntados não constituem prova suficiente para justificar a origem dos depósitos, como determina a lei.

Aduz que manter determinado valor em giro (da atividade agropecuária) não significa ter auferido renda. Questiona onde estaria todo o montante que serviu de base à tributação.

Por fim, requer o expurgo da taxa SELIC na cobrança dos juros de mora, pelos motivos já declinados na impugnação ao lançamento.

O julgamento foi convertido em diligência, nos termos da Resolução de fls. 460/466.

Arrolamento de bens efetuado de ofício.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, Relator

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele se conhece.

Inicialmente, rejeito as preliminares argüidas. O cerceamento do direito de defesa dirige-se ao auto de infração que não permite ao atuado conhecer os fatos e fundamentos da exigência tributária. No presente caso, a defesa apresentada pela contribuinte evidencia que esta discorda da maneira como foi concluída a fiscalização e que esta poderia ter sido mais diligente no esclarecimento dos fatos. Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa na fase investigatória do processo administrativo fiscal. Auto de Infração que se argúi ser prematuro não implica em cerceamento do direito de defesa. Se não há subsunção entre os fatos e a hipótese tributária, a questão a ser dirimida reporta-se ao exame da materialidade da exigência tributária.

Por outro lado, em relação à preliminar de quebra indevida do sigilo bancário e irretroatividade da Lei Complementar nº 102, de 2001, constata-se que a fiscalização procedeu à requisição dos extratos bancários às instituições financeiras com suporte na Lei complementar 105, de 2001, que define o âmbito de aplicação do conceito de sigilo com relação às informações bancárias, dispensando a administração tributária da autorização judicial para obtê-las, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. O acesso aos dados financeiros constitui uma das formas de obtenção de elementos para configurar os fatos econômicos possíveis de subsunção à hipótese de incidência do tributo. Assim, dita norma insere-se no campo do Direito Adjetivo ou Direito Processual Tributário, característica que lhe permite ação sobre os fatos pendentes, nos termos do § 1º do artigo 144 do CTN.

Existem diversos tipos de informações pessoais que a lei obriga ou permite que sejam comunicadas aos poderes públicos em diversos momentos da vida do cidadão. Por exemplo, o patrimônio individual deve ser informado na declaração de ajuste anual, os rendimentos devem ser informados pelas fontes pagadoras. Em nenhum destes casos estão sendo violados princípios constitucionais garantidores de direitos fundamentais.

Por outro lado, cabe ressaltar que o nosso ordenamento constitucional, na medida em que prevê a proteção à privacidade, igualmente chancela, no seu art. 145, parágrafo 1º, o direito da administração pública de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. É desnecessário afirmar que sobre a administração tributária também pesa o dever do sigilo.

Neste contexto, o jurista Hugo Brito de Machado se pronunciou: "não tivesse a Administração Pública a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, não poderia tributar, a não ser na medida em que os contribuintes, espontaneamente, declarassem ao fisco os fatos tributáveis. O tributo deixaria de ser uma



prestação pecuniária e compulsória, para ser uma prestação voluntária, simples colaboração do contribuinte, prestada ao Tesouro Público" (Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 18 – Editora Resenha Tributária – São Paulo/1993). Ademais, a Súmula 1ºCC nº 2 dispõe que o Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A despeito desta questão ainda não estar definida no âmbito do Poder Judiciário, havendo decisões que atendem a teses divergentes, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em recente decisão, datada de 02/12/2003, exarada no Recurso Especial nº 506.232-PR, cuja ementa é a adiante transcrita, também já decidiu sobre a possibilidade de quebra do sigilo bancário levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001:

TRIBUTÁRIO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN.

1. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que permeiam a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001.
2. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.
3. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.
4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "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."
5. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

[Assinatura]

6. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.

7. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.

8. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.

9. Recurso Especial provido.

Quanto ao mérito, as presunções servem para que fatos de difícil comprovação direta sejam substituídos por outros que, em ocorrendo, darão fortes indícios de que o fato gerador do imposto efetivamente ocorreu. O fato indiciário deve ser cuidadosamente examinado de modo que possa ser aproveitado como presunção de ocorrência do fato gerador do imposto, o que, meu ver, ainda não é possível no presente caso. Do contrário, a exigência tributária estará incidindo sobre o que não é rendimento. A norma que se constrói a partir do texto da lei deve dar vigor e contemplar todo o ordenamento jurídico.

A presunção, autorizada pelo artigo 44 do CTN, deve estabelecer seguramente o nexo causal entre o fato conhecido e o fato desconhecido e satisfazer a critérios de pertinência, razoabilidade e proporcionalidade. A fiscalização também deve colaborar para que a verdade e a justiça prevaleçam. O Estado não tem interesse subjetivo nas questões. O fato indiciário deve ser alçado à condição de fato presuntivo após exame rigoroso por parte da fiscalização, que tem o dever de aprofundar a investigação, se houver elementos também indiciários a infirmar a presunção. Capital de giro de atividade empresarial não pode ser tomado como rendimento das pessoas físicas nela envolvida, devendo ser arbitrado o lucro do empreendimento, conforme dispõe a legislação fiscal.

Desde o início do procedimento fiscal o contribuinte apresentou documentos e prestou os esclarecimentos solicitados, relacionando a movimentação bancária à atividade rural do seu marido (Manoel Mendes), proprietário de três imóveis rurais, conforme DIRPF do exercício de 1999, e à troca de cheques para terceiros. Ora, é fácil para o fisco saber se o Sr. Manoel Mendes movimentou outra conta bancária em seu nome. É fácil também, por amostragem, intimar os depositantes e os favorecidos de valores depositados nas contas bancárias investigadas, a fim de esclarecer a natureza das operações. Difícil é aceitar um lançamento em que se exige milhões de reais, sem as devidas cautelas.

Com efeito, a fiscalização ficou-se inerte e constituiu o crédito tributário sem efetuar qualquer verificação complementar, mesmo havendo indícios da plausibilidade dos fatos alegados. O simples exame dos extratos bancários, com grande volume de cheques

fr

depositados e cheques devolvidos já contêm evidências suficientes que demonstram que a presunção adotada não tem sólidos fundamentos, ou seja, não leva a um juízo de probabilidade sustentável e contamina de incertezas o lançamento, fazendo nascer uma obrigação com vício de bases principiológicas relativas à segurança jurídica e à capacidade contributiva, o que não se admite no Direito Tributário. O princípio da verdade material decorre do princípio da oficialidade: é do interesse da administração tributária que o lançamento seja efetuado com base na verdade real. Deveriam ser excluídos da base tributável presuntiva os depósitos relacionados à atividade rural, sendo os demais atribuídos à atividade de factoring, conforme alegado pela própria autuada durante o procedimento fiscal.

A diligência proposta por este Colegiado (fls. 460/466) e os documentos que foram carreados aos autos (fls. 470/3557) robustecem definitivamente a convicção deste relator quanto à precariedade do lançamento, pois a movimentação bancária indicada nos extratos bancários possui concordância com os fatos alegados pela contribuinte – atividade rural e factoring – e com os elementos de prova apresentados à fiscalização, que foram desprezados sem qualquer investigação complementar. Capital de giro e faturamento, pertencente à atividade empresarial da autuada ou de terceiro, não podem ser considerados rendimentos líquidos. Outra questão esclarecida na diligência é a falta de intimação de Vanderlan P. Borges, que compartilha com a autuada a titularidade da conta bancária mantida no Banco Real, a partir de 01/09/1998 (fl. 76), e que não foi intimado para comprovar a origem dos numerários, sendo tal falha corrigida somente com a intimação efetuada em 26/04/2007 (fls. 476/480), conforme Aviso de Recebimento-AR à fl. 481, quando já decaído o direito da fazenda pública constituir o crédito tributário ou efetuar qualquer revisão do lançamento, em relação aos depósitos efetuados na referida conta a partir setembro/1998, nos termos do §6º do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

A coincidência em data e valor entre as operações comerciais e a movimentação bancária, pretendida pela fiscalização e inexistente na lei, não é algo do mundo real, e somente ocorrerá se houver recebimento com cartão de débito – improvável para atividades informais. A verdade dos fatos, diante das circunstâncias do caso, não está relacionada com a regularidade fiscal das pessoas envolvidas nas transações de troca de cheques ou de venda de produtos agrícolas, ou na correta escrituração das operações. Muitas vezes os pagamentos são efetuados parcialmente com cheque próprio ou de terceiro e parte em dinheiro, o que impossibilita tal comprovação, ainda mais quando não se têm os registros contábeis das operações. Não se quer afirmar que o fisco deve ficar paralisado diante de tais circunstâncias. Deve aplicar a lei em sua plenitude, em harmonia com o sistema jurídico – arbitramento do lucro e aplicação da multa punitiva prevista na legislação fiscal. Exemplificando, verifica-se que as listagens de troca de cheques não permitem a conciliação com os depósitos bancários. Cobra-se do cheque pré-datado antecipado os juros pró-rata, de acordo com o prazo para apresentação do cheque ao banco. O depósito efetuado por quem antecipou o crédito (a autuada) mistura cheques com vencimento para aquela data de diversas empresas que efetuaram a troca. Impossível, portanto, relacionar um cheque ou uma listagem (que possui cheques com vencimentos diversos) a determinado depósito bancário.

Segundo Suzy Gomes Hoffmann¹, “prova é a demonstração – com o objetivo de convencer alguém – por meios determinados pelo sistema, de que ocorreu ou deixou de ocorrer um certo fato”.

¹ HOFFMANN, Suzy Gomes. Teoria da prova no Direito Tributário, Campinas, Coppola Editora, 1999, págs. 67 e 68.



Tratando da prova jurídica, a autora utiliza conceito posto por Tércio Sampaio Ferraz Junior² (em Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 3ª Ed. São Paulo, Atlas, 1990, pág. 291), transcrito a seguir:

"A prova jurídica traz consigo, inevitavelmente, o seu caráter ético. No sentido etimológico do termo – probatio advém de probus que deu, em português, prova e probo – provar significa não apenas uma constatação demonstrada de um fato ocorrido – sentido objetivo – mas também aprovar ou fazer aprovar – sentido subjetivo.

Fazer aprovar significa a produção de uma espécie de simpatia, capaz de sugerir confiança, bem como a possibilidade de garantir, por critérios de relevância, o entendimento dos fatos num sentido favorável (o que envolve questões de justiça, equidade, bem comum etc.)" (grifei)

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

(...) a verdade material deve sempre constituir objeto de busca pelo procedimento fiscal, mesmo nas situações em que a lei permite ao fisco obter o fato gerador por intermédio da ocorrência de outros que a ele estão ligados logicamente.

(...) a busca da verdade material que se externa obrigatória pela ordem contida no artigo 142, do CTN, e para que, por utilização inadequada da base presumitiva, evite-se formalização de créditos exorbitantes e em descompasso com aquele que realmente seria devido.

Deve-se ressaltar que o caput do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, contém ordem para que o sujeito passivo apresente provas da origem dos recursos que serviram para efetivar os depósitos e créditos. Porém, independente da comprovação da origem e por obediência à norma do parágrafo 3º, do referido artigo, os depósitos e créditos bancários devem ser analisados individualmente pela autoridade fiscal, e, por consequência, excluídas as transferências, os valores correspondentes à renda oferecida à tributação, empréstimos, entre outros não passíveis de compor fatos que poderiam estar ligados logicamente à renda tributável não declarada. Essa análise constitui passo obrigatório para evitar ofensas à capacidade contributiva e o enriquecimento ilícito da União em razão de eventual formalização de crédito tributário em descompasso com aquele efetivamente devido, caso desprezada essa investigação.

A contribuir para esse raciocínio, verifica-se que o legislador quis eliminar de comprovação valores individuais inferiores a R\$ 12.000,00, quando durante todo o período a somatória destes resultar inferior a R\$ 80.000,00, justamente porque não se desejou colocar sob análise valores de difícil comprovação pelo titular da conta – retornos de saques, depósitos de pequenas quantias cedidas a amigos, etc. – e somente quando estes superem o limite de R\$ 80.000,00 devem, então, sujeitar-se à comprovação da origem.

Um dos motivos determinante desse posicionamento foi a premissa de que ultrapassando esse patamar poderia indicar a existência de uma atividade profissional de fundo - comercial, prestação de serviços, factoring etc - que merecesse investigação mais detalhada, e por consequência, os dados apresentados pela pessoa investigada estariam a permitir a

² HOFFMANN, Suzy Gomes. Ob. Citada, pág. 68.

identificação da atividade exercida, situação que levaria a uma tributação correta pela aplicação da norma à espécie de rendimentos identificada. No entanto, não é essa forma de abstrair os conceitos postos na dita lei que está predominando na interpretação do fisco, e exige-se tributo sobre toda a renda apurada com base na somatória dos depósitos, independente das provas indiciárias da presença de outras atividades. A situação em exame não foge à regra citada.

De acordo com essa interpretação é que vejo a tributação posta neste ato administrativo como resultante de uma aplicação da norma em conflito com aquela que determina a hipótese de incidência do tributo, justamente porque permite exigir tributo de valores que, comprovadamente, não se prestam para servir de base presuntiva de renda omitida, situação da qual resulta exigência de tributo sobre renda que não é renda.

Como afirmado antes, o exame dos extratos bancários é o ponto de partida para a aplicação do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. A elevada quantidade de cheques depositados e cheques devolvidos são fatos denotativos de atividade de comercial, passível de ser tributado no IRPJ. Não é possível também imaginar que a atividade rural do casal não transitou pela conta bancária. Capital de giro pertencente à atividade comercial do autuado ou de terceiro não pode ser considerado rendimento líquido. A evidência de que a movimentação bancária resulta da venda de bens ou serviços, por força do princípio da verdade material e da tipicidade cerrada, deve-se verificar a efetiva renda percebida para exigir o tributo em acordo com as normas aplicáveis. Se não for possível aferir a margem de lucro, por falta de escrituração e de documentação hábil a comprovar as operações – muitas vezes essas atividades são informais e não possuem registros – deve-se efetuar o arbitramento do lucro, conforme determina a legislação tributária.

A jurisprudência desse Conselho de Contribuintes tem caminhado no mesmo sentido das conclusões aqui expostas; e não poderia ser diferente, pois converge à melhor interpretação das normas vigentes sobre a matéria:

EQUIPARAÇÃO DE PESSOA FÍSICA A PESSOA JURÍDICA – INSCRIÇÃO DE OFÍCIO NO CNPJ – Constatado pela fiscalização, que a pessoa física exercia atividade mercantil, correta a sua consideração como pessoa jurídica e a sua inscrição de ofício no CNPJ, nos termos do art. 127 do RIR/94, de forma a buscar a sua exata qualificação e possibilitar o adequado lançamento dos tributos cabíveis.

OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA – INEXISTÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO - ARBITRAMENTO DO LUCRO. Constatado pela fiscalização que a movimentação bancária da pessoa física provém da exploração de atividade mercantil e uma vez equiparada a pessoa jurídica, correta a consideração dos depósitos bancários de origem não comprovada, de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430/96, como receita, para fins de arbitramento do lucro, por inexistência de escrituração. (Acórdão 107-08228, Sessão de 11/08/2005).

IMPOSTO SOBRE A RENDA. TRIBUTAÇÃO. EQUIPARAÇÃO DE PESSOA FÍSICA A PESSOA JURÍDICA - Caracterizam-se como empresas individuais, as pessoas físicas que, em nome individual, explore, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante



venda a terceiros de bens ou serviços. Comprovado que nos anos-calendário de 1998 a 2002 as atividades exercidas pelo contribuinte equipara-o a pessoa jurídica, os resultados destas estão excluídos das regras para a incidência do imposto sobre a renda de pessoa física. (Acórdão 106-14602, Sessão de 18/05/2005).

IRPJ - REVENDA DE MERCADORIAS - EQUIPARAÇÃO À PESSOA JURÍDICA - *A venda de mercadorias por pessoa física que desenvolve com habitualidade, em nome individual, atividade econômica de natureza comercial, impõe-se a equiparação à pessoa jurídica.*

ARBITRAMENTO - *A inexistência de escrituração fiscal e comercial, justifica-se o arbitramento dos lucros, com base nas receitas apuradas pelo fisco. (Acórdão 104-16978, Sessão de 14/04/1999).*

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - COMPROVAÇÃO DA ORIGEM - INTERMEDIÇÃO DE NEGÓCIOS - *Na apreciação de prova o julgador tem plena liberdade para formar seu convencimento. Comprovada a origem de depósitos bancários, deve cancelar-se a exigência nessa parte.*

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - TRIBUTAÇÃO - OPERAÇÕES DE EMPRÉSTIMOS DE RECURSOS FINANCEIROS - EQUIPARAÇÃO A PESSOA JURÍDICA - *À luz do art. 150, inciso II, do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), verificado que o contribuinte realiza operações de empréstimos de recursos financeiros, em caráter habitual, deve ser efetuada a equiparação a pessoa jurídica para fins de exigência dos tributos devidos nessa parte. (Acórdão 102-47928, Sessão de 21/09/2006).*

Por fim trago à colação a Declaração de **Voto** proferido pelo ilustre Conselheiro Antonio José Praga de Souza no Acórdão de nº 102-49.181, que à época tinha assento neste Colegiado, a robustecer os argumentos aqui declinados:

Em pese os embasados fundamentos do ilustre conselheiro relator, que propugnou pela conversão do julgamento em diligência, pela análise que pude fazer dos autos em vista durante o julgamento, convenci-me que a fiscalização equivocou-se ao constituir o crédito tributário, exigindo do contribuinte o Imposto de Renda Pessoa Física. A meu ver, para fins da tributação com base nos depósitos bancários, o contribuinte deveria ter sido equiparado a pessoa jurídica, nos termos do art. 150 do RI 150, inciso II, do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, aprovado pelo Decreto nº 3000 de 1999, que dispõe:

"Art. 150. As empresas individuais, para os efeitos do imposto de renda, são equiparadas às pessoas jurídicas (Decreto-Lei nº 1.706, de 1979, art. 2º).

§ 1º São empresas individuais:

I - as firmas individuais (Lei nº 4.506, de 1964, art. 41, § 1º, alínea 'a');

II - as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou

f

comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços (Lei nº 4.506, de 1964, art. 41, § 1º, alínea 'b'); (...)

§ 2º O disposto no inciso II do parágrafo anterior não se aplica às pessoas físicas que, individualmente, exerçam as profissões ou explorem as atividades de: (...)

III - agentes, representantes e outras pessoas sem vínculo empregatício que, tomando parte em atos de comércio, não os pratiquem, todavia, por conta própria (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 6º, alínea 'c'); (...)" (Negritei).

Vejamos também o disposto no art. 42 da Lei 9.430 de 1996, base legal para arbitramento das receitas e rendimentos em face de depósitos bancários, com destaque ao §2º:

"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)." (Negritei).

Em resposta aos termos de intimação fiscal nº 1 e 6, o contribuinte esclareceu que realizava "troca de cheques", isso durante a auditoria fiscal ou seja, realizava operações de natureza comercial por conta própria, em caráter habitual, e que os depósitos bancários são relativos a essas operações, o correto seria efetuar a equiparação à pessoa jurídica para fins de exigência dos tributos devidos (IRPJ e reflexos). Mesmo sabendo disso, conforme asseverado no relatório fiscal de fl. 10-12, o nobre Auditor-Fiscal, ao invés de aplicar as disposições do art. 42 da Lei 9.430 em sua plenitude, realizando procedimento pró-ativo, com vista a apurar a natureza dos depósitos

bancários, e constituir o crédito tributário correto e na forma devida, optou pela passividade, apenas intimando o contribuinte para que apresentasse provas "hâbeis e idôneas" de suas alegações.

Ora, basta uma análise superficial dos extratos bancários de fls. 17-139 para ao "menos desconfiar" que o contribuinte utilizava essa conta para atividades comerciais. Veja-se a imensa quantidade de depósitos em cheques, diariamente, observe-se a quantidade de cheques devolvidos.

Existem até diversos créditos e tarifas relativas a "Liquidação de Cobrança" (vide exemplo nos primeiros extratos às fls. 17 e 20). Um contribuinte que faz esse tipo de operação, amiúde, é quase certo que realiza atividade de mercancia. Bastava uma simples intimação para o Banco ou para o contribuinte e, provavelmente, identificar o sacado do título em cobrança, e talvez o tipo de operação.

Via de regra, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil é um servidor público de elite, naturalmente pré-habilitado para suas funções em face da dificuldade e concorrência do concurso público que precisa enfrentar, além de um extenso curso de formação. A Fiscalização poderia sim, ter feito uma diligência à pequena cidade de Rodeiro, onde o contribuinte é residente e domiciliado, desde antes do período fiscalizado, com vistas a atestar a veracidade de suas alegações.

E mais, poderia ter solicitado ao Banco cópia dos cheques de maior relevância emitidos pelo contribuinte para verificar os beneficiários e a seguir solicitar-lhes esclarecimentos. Se o contribuinte utiliza mesmo uma conta bancária para atividades comerciais isso é refletido nas saídas.

Aliás, a autoridade fiscal sequer exclui da base de cálculo os cheques depositados devolvidos, que conforme asseverado acima não são poucos, totalizando R\$ 2.371.885,00, cujo ajuste realizado na decisão de primeira instância ensejou inclusive o recurso de ofício (fls. 335-336). A toda evidência, o trabalho fiscal com esses extratos consistiu apenas em transcrever e somar os depósitos bancários em uma planilha eletrônica. Entendo que seria possível ter feito mais que isso, mesmo com todas as dificuldades que envolvem esse tipo de apuração. Conheço bem esse trabalho, que já realizei em tempos alhures, não tão distantes, mas de saudosas lembranças.

O douto Auditor-Fiscal merece todo meu respeito e consideração, mas peço vênias para considerar deficiente a fiscalização realizada na pessoa física do Sr. Augusto Lopes Moreira.

A meu ver, a presunção legal estabelecida pelo art. 42 da Lei 9.430/1996, em que pese sua indiscutível aplicabilidade, pode ser robustecida com outros elementos. Ao invés de agir apenas de forma passiva, esperando que o contribuinte apresente provas para elidir sua aplicação, o fisco pode e deve ser pró-ativo, analisando os extratos bancários, especialmente o tipo de depósito (haja vista que alguns como os de COBRANÇA TED e DOC podem ser identificados, os remetentes e, quiçá, a finalidade), os cheques de valores mais

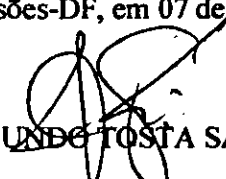
4

expressivos emitidos pelo fiscalizado, cujas cópias podem ser obtidas junto aos Bancos e a seguir intimando-se os favorecidos a prestar esclarecimentos. Enfim: fazer algo mais em busca da apuração dos rendimentos tributáveis que verdadeiramente foram omitidos e, especialmente a natureza dos valores tributados, pois, receita não é renda; se se tratar de atividade comercial a forma de tributação é outra.

Diante do exposto, voto no sentido de cancelar o auto de infração.

No mesmo sentido, oriento meu voto para PROVER o recurso voluntário.

Sala das Sessões-DF, em 07 de agosto de 2008.


JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS