

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE**

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
RECURSO Nº. : 06.779
MATÉRIA : IRPF - EXS.: 1990 a 1994
RECORRENTE : JOSÉ RAIMUNDO AGUIAR FONSECA
RECORRIDA : DRJ - SALVADOR - BA
SESSÃO DE : 15 DE OUTUBRO DE 1996
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

IRPF - RENDIMENTOS - OMISSÃO - EXTRATOS BANCÁRIOS - O lançamento de ofício far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações. **IRPF - RENDIMENTOS - OMISSÃO - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO - FORMA DE APURAÇÃO** - Para fins de justificação de acréscimo patrimonial, a teor da Lei nº 7.713/88, os saldos de recursos apurados num dado mês devem ser computados nos meses seguintes, até o mês de dezembro, quando, de dezembro para janeiro do ano seguinte, devem ser considerados os saldos informados na Declaração de Ajuste. **JUROS DE MORA - TRD** - Os juros serão cobrados à taxa de 1% (um por cento) ao mês ou fração, se a lei não dispuser em contrário (CTN, art. 161, parágrafo primeiro). Disposição em contrário viria a ser estabelecida pela Medida Provisória nº 298, de 29.07.91 (DOU de 30.07.91), a qual viria a ser convertida na Lei nº 8.218, de 29.08.91, publicada no DOU de 30, seguinte, a qual estabeleceu a taxa de juros no mesmo percentual da variação da TRD. Admissível, portanto, a exigência de juros de mora pela mesmas taxas da TRD a partir de 01 de agosto de 1991, vedada sua retroação a 04 de fevereiro de 1991.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por JOSÉ RAIMUNDO AGUIAR FONSECA.

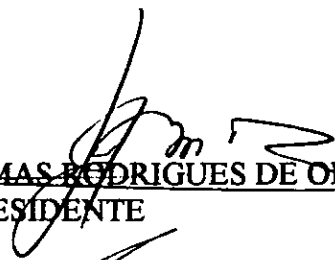
ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso, para excluir da exigência o encargo da TRD relativo ao período de fevereiro a julho de 1991, e, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir da exigência, parcelas, nos termos do voto do relator designado. Vencidos os Conselheiros Genésio Deschamps (relator), Wilfrido Augusto Marques e Romeu Bueno de Camargo, que davam provimento parcial para excluir da exigência parcela do lançamento que teve por base valores de depósitos bancários e outras

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

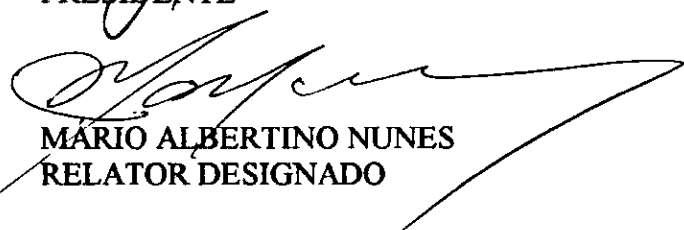
2

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

parcelas, nos termos do voto vencido. Designado relator o Conselheiro Mário Albertino Nunes.



~~DIMAS RODRIGUES DE OLIVEIRA~~
PRESIDENTE



MÁRIO ALBERTINO NUNES
RELATOR DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 12 JUN 1997

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: HENRIQUE ORLANDO MARCONI e ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS. Ausente justificadamente o Conselheiro ADONIAS DOS REIS SANTIAGO.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339
RECURSO Nº. : 06.779
RECORRENTE : JOSÉ RAIMUNDO AGUIAR FONSECA

RELATÓRIO

JOSÉ RAIMUNDO AGUIAR FONSECA, já qualificado neste processo, não se conformando com a decisão de fls. 320 a 332, exarada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador (BA), da qual tomou ciência, por AR, em 30.06.95, protocolou recurso a este Colegiado em 28.07.95.

O início deste processo se deu com a lavratura de Auto de Infração contra o ora RECORRENTE, através do qual se exige o recolhimento de imposto de renda resultante de acréscimo patrimonial a descoberto apurado e de ganhos de capital na alienação de bens e direitos. A exigência é fundamentada nos arts. 1º a 3º e parágrafos e 8º da Lei nº 7.713/88, art. 1º a 4º da Lei nº 8.134/90, e art. 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.383/91 combinado com o art. 6º e parágrafos da Lei nº 8.021/90, com os devidos acréscimos legais de praxe.

O acréscimo patrimonial apurado decorre da caracterização de depósito bancários cuja origem não foi justificada, em conta corrente mantida em instituição financeira, como rendimentos e da mesma forma acréscimos de aquisições realizadas e não declaradas, deduzindo-se de sua soma os valores líquidos correspondentes aos rendimentos declarados. Já a exação relativa aos ganhos de capital que foi apurado na alienação de 3 (três) imóveis no mês de dezembro de 1991.

Contra esse ato o RECORRENTE se insurgiu apresentando impugnação alegando, preliminarmente, a nulidade do lançamento pois houve violação de seu sigilo bancário, para apuração de seu depósito bancários, o que é vedado no inciso X do art. 5º da Constituição



4

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Federal, conforme entendimento já expresso pelo Superior Tribunal de Justiça (Decisão nº 37.566-5/RS - DJU-28.03.94).

No mérito, reconhece a procedência de determinadas glosas, pede a consideração de determinados rendimentos percebidos e apurados pela própria fiscalização, constante dos autos, como recursos disponíveis para fins de apuração do acréscimo patrimonial, inclusive o valor líquido de prêmio de loteria que auferiu, para, a final, requerer que seja declarado como devido apenas a parte reconhecida e declarado improcedente todo o restante do Auto de Infração.

Apreciando a impugnação, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador (BA), manteve parcialmente a exigência imposta através do Auto de Infração sob os seguintes fundamentos:

- a) preliminarmente, rejeitou a nulidade argüida, sob o pressuposto de não ter ocorrido nenhuma das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, já que não houve quebra do sigilo bancário, pois as informações relativas às operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras foram solicitadas com base em disposições legais e elas serão mantidas em sigilo e utilizadas reservadamente na atividade fiscal;
- b) no mérito, sob a alegação de que os acréscimo patrimoniais não correspondentes a rendimentos declarados constituem rendimentos omitidos e sujeita-se à tributação mensal do imposto de renda, à medida em que forem percebidos, como demonstrados no Auto de Infração.

Na decisão, foi fixado como não tendo sido impugnado os valores apurados em decorrência dos ganhos de capital, do acréscimo patrimonial relativos à venda de uma moto no mês de maio de 1995 e valor relativo a ajuste do ano de 1992 (fls. 330). De outra parte, houve a exoneração apenas de valores cuja origem de recurso fora comprovada e não computada, para efeitos de apuração do ganho de capital, nos meses de agosto de 1990 e junho de 1991, no montante equivalente a 83,43 UFIRs.

D

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

5

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Tomando ciência dessa decisão, o RECORRENTE contra ela se insurgiu através de recurso em que, preliminarmente, diz que apenas não impugnou os valores relativos ao imposto sobre os ganhos de capital e à venda da moto, cujo montante recolheu conforme documentos que apresentou (fls. 347), pelo que o restante foi totalmente impugnado, como constou de sua peça impugnatória, e esclarece quais os valores que efetivamente impugnou. Reitera, todos os argumentos da Impugnação apresentada, se insurge contra a apuração mensal, com base em divisão da renda líquida anual em 12 (doze) parcelas mensais, citando jurisprudência, e que os valores relativos a recursos auferidos na venda de bens devem ser considerados como recursos disponíveis e também deduzidos para apuração dos acréscimos patrimoniais à descoberto, e, a final, mais uma vez investe contra a quebra de seu sigilo bancário e a classificação dos depósitos como rendimentos, à vista da doutrina e jurisprudência predominantes. Pede o provimento do recurso.

É o relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

6

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

VOTO VENCIDO

CONSELHEIRO GENÉSIO DESCHAMPS, RELATOR

Ao se analisar o Auto de Infração, verifica-se que ele tem duas base de lançamento, como consta do relatório que o acompanha: a primeira diz respeito a acréscimo patrimonial a descoberto e a segunda envolve ganhos de capital na alienação de bens e direitos.

Vamos nos ater, nesse voto, inicialmente, sobre a questão do acréscimo patrimonial a descoberto que, por sua vez, também se desdobra em dois pontos: depósitos bancários e variações patrimoniais, ambos caracterizados como rendimentos omitidos.

Pelo que consta do final do relatório o lançamento de ofício em relação ao acréscimo patrimonial a descoberto foi procedido como infração capitulada nos arts. 1º a 3º, e parágrafos, e 8º da Lei nº 7.713/88, arts. 1º a 4º da Lei nº 8.134/90, e art. 6º e parágrafos da Lei nº 8.021/90, e também nos arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.383/91

Isto posto, passamos a analisar a matéria de fundo, ainda envolvendo os depósitos bancários, exclusivamente.

De imediato há que verificar que o RECORRENTE, em suas razões de recurso alegou a quebra de seu sigilo bancário por parte da fiscalização, violando com isto os incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal e, em decorrência desse fato, os elementos dos extratos bancários assim fornecidos, não podem ser considerados como provas a teor do inciso LVI do mesmo dispositivo constitucional, que estabelece serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

D.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

7

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Muito se tem questionado sobre a possibilidade de ser ou não apreciadas questões ligadas a aspectos constitucionais por tribunais administrativos. A posição deste Egrégio Conselho, por maioria de seus membros, tem sido no sentido de que lhe falece competência para apreciar questões dessa natureza.

Me permito, com o devido respeito aos nobres pares que seguem essa opinião, discordar dessa posição. Como órgão julgador, ainda que administrativo, tenho que é seu dever apreciar toda e qualquer questão de direito. E, num Estado de Direito, como é o nosso, as normas constitucionais fazem parte desse contexto. E a nossa Constituição Federal, dentro dos direitos individuais, assegura aos que aqui vivem e residem, brasileiros ou estrangeiros, o tratamento igualitário, pelo disposição contida no seu art. 5º, sendo que seu inciso LV, dispõe expressamente:

“LV - aos litigantes, em **processo** judicial ou **administrativo** e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Ora, como se pode falar em ampla defesa se não é apreciada qualquer questão vinculada a normas constitucionais ou houver recusa do órgão julgador em apreciá-las ?

Sem dúvida alguma, a negativa nesse sentido, por si só, já se constitui em uma violação do direito individual assegurado constitucionalmente, constituindo-se num crime de responsabilidade, pois a ordem constitucional é por demais clara.

É que o princípio constitucional, de que trata o inciso LV do art. 5º da Lei Maior, o que por si só já representa uma lei, iguala as partes, mesmo dentro do contencioso administrativo, e consubstancia que os dois lados do processo devem tomar ciência de todo o seu conteúdo, inclusive constitucional, pois que norma legal maior é da Constituição e as demais dela derivam e a ela se subordinam. Tanto assim, que uma lei inconstitucional, é coisa nenhuma e nem no mundo jurídico entra, desde a sua edição, pelo que ela própria é.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

8

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Este aspecto, inclusive, por via transversa e sob a égide da Constituição Federal anterior, já foi reconhecido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, através dos enunciados das Súmulas nºs 346 e 473 que prescrevem que “a administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais”.

Também nossos grandes doutrinadores, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (in “Princípios Gerais de Direito Administrativo”, vol. I, 2ª Ed., 1979, Forense, pag. 283), Francisco Campos “Direito Constitucional”, Livraria Freitas Bastos, Rio, São Paulo, 1956, vol. I, pag. 440) e José Frederico Marques (entrevista dada ao jornal “Folha de São Paulo”, edição de 21.03.61), tem defendido esse entendimento.

A própria Consultoria Geral da República também já se pronunciou neste sentido tendo em vista a disposição contida no inciso II do art. 5º do Decreto nº 92.889, de 07.07.1986, que diz lhe competir fixar a interpretação da Constituição, das leis, de tratados e atos normativos outros, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entes da Administração Federal. O então eminente Consultor Geral da República **RONALDO POLETTI** em sua obra, intitulada “Controle da Constitucionalidade das Leis”, analisou em profundidade a questão e expressou entendimento de que não é privativo somente do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de lei, cabendo igualmente aos demais Poderes da República autoridade e obrigação para fazê-lo quando necessário.

Aliás, o entendimento nesse aspecto foi muito bem exposta pelo Eminente Conselheiro Henrique Neves da Silva, da Egrégia 1ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, no Acórdão nº 201-66.388 (Sessão de 02.07.90 - Recurso nº 83.609), do qual era relator, e também o conselheiro Luiz Alberto Cava Macieira em acórdão proferido pela 3ª Câmara desse 1º Conselho de Contribuintes e aprovado por maioria.

D.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

9

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Ademais, o Conselho de Contribuintes, como órgão administrativo, apesar de estar vinculado ao Poder Executivo, é autônomo e independente em suas decisões. As mesmas não ficam subordinadas a ordens do Poder Executivo, mas sim, apenas, ao império da lei. E, face a esta autonomia, não há como fugir da apreciação de aspectos relativos a inconstitucionalidades alegadas por contribuintes em processos administrativos.

Assim, a apreciação de alegada inconstitucionalidade, em um processo administrativo, é uma obrigação, ainda que para se reconhecer o contrário, pois se assim não for feito nem se saberá se é constitucional ou não.

E desta forma há que se apreciar as alegadas violações de dispositivos constitucionais efetuadas pelo RECORRENTE. É o que entendemos que se deve fazer e assim o fazemos.

Todo o lançamento “ex-officio” está basicamente na presunção de que o RECORRENTE não teria oferecido à tributação do Imposto de Renda supostos rendimentos percebidos, assim considerados depósitos identificados em sua conta-corrente Bancária.

Para justificar tal presunção, a autoridade fiscal valeu-se unicamente de extratos sumários da conta-corrente do autuado, que obteve junto a instituições financeiras, sem a necessária autorização judicial.

Tal prova, além de insuficiente para efeito de lançamento do imposto, como se demonstrará adiante, é ilegítima para os fins propostos, porquanto sua obtenção violou de forma grave os direitos e garantias fundamentais do RECORRENTE na qualidade de cidadão, expressamente estabelecidos e assegurados pela nossa Carta Magna.

De fato. Estabelece a Constituição Federal em seu art. 5º:



PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

“.....
X - são invioláveis a intimidade, a vida privado, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
.....

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A respeito, esclarece Arnaldo Wald, “in” Revista dos Tribunais - Vol. 1 (Out/Dez. 1992), págs. 200 e seguintes:

“.....
31. Comparando o novo texto constitucional com os precedentes, conclui-se, que houve importante evolução nos dois incisos, pois, antigamente, não estavam protegidos, pelo texto da lei magna, nem a intimidade, nem à vida privada aos quais alude o inciso X, nem os dados sobre as pessoas, mencionados pelo inciso XII, em complementação ao sigilo de correspondências e das comunicações, inclusive, telefônicas, ao qual se referiam as Constituições anteriores.

32. A bibliografia brasileira é ainda parca em relação a essas inovações, que são recentes, mas não há dúvida que tanto a proteção da intimidade e da vida privada, como a de dados sobre a pessoa, constituem fundamentos constitucionais para garantir o sigilo profissional e, em particular, o sigilo bancário, como em seguida evidenciaremos.
.....

D.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

39. Não há como deixar de reconhecer que a evolução tecnológica de um lado, o desenvolvimento das comunicações na sociedade contemporânea, por outro, deram novas dimensões tanto ao direito à vida privada, como às possibilidades de devassa, direta ou indireta, da mesma. Como o direito deve acompanhar os fatos, sob pena de ocorrer “a revolta dos fatos contra o Direito” à qual aludia Gaston Morim, devemos incluir no direito à vida privada o conjunto dos chamados “direitos da personalidade”, que abrangem não só a defesa da honra, do nome e da imagem da pessoa, mas também a incomunicabilidade dos dados pessoais que representam opções sociais, culturais ou econômicas. Assim o direito à privacidade abrange atualmente o de impedir que terceiros, inclusive o Estado e o Fisco, tenham acesso a informações sobre o que se denominou “a área de manifestação existencial do ser humano”. Nesta área, cujos limites vão aumentando a cada momento, encontra-se a chamada “liberdade bancária”, abrangendo a faculdade de escolher o seu banco e de movimentar as suas contas, sem controle, interferência ou conhecimento de terceiros e nem mesmo do Estado, salvo havendo justo motivo.

40. Podemos, pois, dizer que o direito à privacidade abrange a indevassabilidade dos dados econômicos referentes ao indivíduo, aos quais se refere expressamente o art. 5º, inciso XII, da Constituição, embora tradicionalmente, se tivesse dado maior ênfase, na categoria dos direitos da personalidade, a outros elementos (como o nome, a honra e a utilização da própria imagem) e a intimidade tenha sido considerada tradicionalmente como o direito de estar só.

.....

D

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

76. Como a revolução tecnológica, os “papéis” se transformaram em “dados” geralmente armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, ensejando enormes conjuntos de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder. A computadorização da sociedade exigiu uma maior proteção à privacidade, sob pena de colocar o indivíduo sob contínua fiscalização do Governo, inclusive nos assuntos que são do exclusivo interesse da pessoa. Em diversos países, leis especiais de proteção contra o uso indevido de dados individuais, qualquer que seja a sua origem, forma e finalidade, passou a merecer a proteção constitucional em virtude da referência expressa que a eles passou a fazer o inciso XII do art. 5º, modificam assim, a posição anterior da nossa legislação, na qual a indevassabilidade em relação a tais informações devia ser construída com base nos princípios gerais que asseguravam a liberdade individual, podendo até ensejar interpretação divergentes ou contraditórias.

77. Assim, agora em virtude dos textos expressos da Constituição e especialmente da interpretação sistemática do incisos X e XII do art. 5º da CF, ficou evidente que a proteção ao sigilo bancário adquiriu nível constitucional impondo-se ao legislador, o que, no passado, podia ser menos evidente.

D) Conclusões

Em conclusão, podemos afirmar que:

a) em virtude do que dispõe o art. 5º inciso X da Constituição, a lei não pode cercear, sem justo motivo, a liberdade bancária que se inclui no direito individual à intimidade e à vida privada;

D.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

b) o art. 5º, inciso XII, considera inviolável o sigilo em relação aos dados pessoais, entre os quais estão os referentes ao cadastro e à movimentação de contas bancárias;

c) o sigilo bancário assegurado pelos incisos X e XII do art. 5º inclui toda a relação entre o banqueiro e o cliente, abrangendo, pois os dados cadastrais e a informação sobre a abertura ou existência de conta.

..... ” (os grifos são do autor).

Também Caio Tácito, em resposta a consulta quanto a abrangência do “Sigilo Bancário”, face ao advento da LC nº 70/91, que estabeleceu a obrigação de prestar tais informações pelas entidades financeiras - dentre outras (art. 12), assim definiu a questão:

“.....
O dever do sigilo preserva a liberdade e a intimidade das pessoas que são valores sociais integrantes da essência do sistema democrático.

A eles se refere, de forma explícita, a Constituição em vigor para proclamar-lhes a inviolabilidade (art. 5º, caput, e item X).

O princípio adquiriu ênfase, no tocante às instituições financeiras, em norma que, de forma direta e expressa, acolhe o dever há muito consolidado e acatado na doutrina e no costume.

Prescreve o art. 38 da Lei Federal nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que:

0.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

"As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados."

A abertura de contas, com a conseqüente identificação de seus titulares, constitui forma usual e ordinária de serviços prestados aos correntistas que se abrigam sob a proteção do sigilo bancário, que, a ser quebrado, importa responsabilidade penal (art. 38, § 7º da Lei 4.593/64 e art. 18 da Lei nº 7.492/86).

A inviolabilidade do segredo profissional é direito subjetivo dos usuários e inspira a confiança que é essencial à fruição dos serviços prestados pela instituição financeira. Atende a relevante interesse social e a respeitável requisito de ética.

.....
A garantia do sigilo - que é regra - não comporta o elastério que se pretende impor para uso indefinido no tempo e no espaço ao arbítrio do fisco.

A atual Constituição elevou o princípio do sigilo bancário à hierarquia suprema.

A inviolabilidade da correspondência e das comunicações figura, há muito, em nossas constituições, a partir da Carta de 1824 (art. 179 nº 27).

À Carta de 1988 trouxe, porém, significativa inovação.

No item XII do art. 5º - que emuncia os direitos e liberdades fundamentais - igualmente se consagra a inviolabilidade do "sigilo de dados".

D.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, comentando a novidade de preceito, filia sua origem ao desenvolvimento da informática. "Os dados aqui - afirma - são dados informativos" (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. I, Edição Saraiva, 1990, p. 38).

A preservação da intimidade se estende, assim, aos dados individuais das pessoas, as quais se confere, ainda, especial garantia quanto à fidedignidade dos registros oficiais, pela via do habeas data (art. 5º, nº LXXII).

À Lei é vedado atingir genericamente a inviolabilidade do sigilo de dados cadastrais que são a expressão gráfica da personalidade. O acesso excepcional a tais elementos sigilosos, mediante intervenção da autoridade pública, tem como pressuposto necessário nexos causal direto com ato ou fato específico, definido em lei.

Não cabe, em suma, como pretende a indigitada norma, a violação geral e indiscriminada de todos os cadastros bancários, sem eiva de irregularidades quanto a qualquer dever ou obrigação dos usuários. O princípio da inviolabilidade dos dados sigilosos não admite que se possa presumir, ou preventivamente supor, conduta irregular não comprovada ou sequer definida.

.....
O preceito do art. 12 da Lei Complementar nº 70/91, pela universalidade de que se reveste, está contaminada de vício de inconstitucionalidade material, por ofensa à garantia prevista no art. 5º, nº XII, da Constituição em vigor.
.....

D.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Por todo o exposto, somos de parecer que as instituições financeiras podem, legitimamente, se opor ao cumprimento da Portaria nº 144, de 25 de fevereiro de 1992, imediatamente porque é prematura, posto que ainda ineficaz a norma do art. 12 da Lei Complementar nº 70/91, na qual se arrima.

E, de modo permanente, pelo vício da inconstitucionalidade material e formal que, como demonstrado, macula o referido preceito.

Nesse sentido, podem e devem as instituições financeiras promover a defesa do sigilo dos registros cadastrais de seus clientes, que têm o dever de preservar.

.....”
(“in” “Revista de Direito Administrativo” - nº 188, ref. Abr/Jun 1992, págs. 376 e seguintes).

O Prof. José Francisco Lopes de Miranda Leão, em artigo publicado pela Revista IOB de Jurisprudência - Cad. Nº 1 - 2ª Quinzena de Jul/94 - Págs. 282 e seguintes, assim preleciona:

SIGILO BANCÁRIO FACE AO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

“O que motiva linhas é o V. Acórdão da 1ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, produzido no Recurso Especial 37.566-5/RS, que já pela ementa indica a importância que assume quanto à questão título. Diz ela:

△

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

"Tributário. Sigilo bancário. Quebra com base em procedimento administrativo-fiscal. Impossibilidade.

O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X).

Por isso, cumpre às instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados.

Observadas tais vedações, cabe-lhes atender às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente.

Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei.

Interpretação integrada a sistemática dos artigos 38, § 5º, da Lei nº 4.595/64 e 197, inciso II e § 1º do CTN.

Recurso improvido, sem discrepância."

O julgamento deu-se em 2 de fevereiro de 1994.

D.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Conforme se observa, o Tribunal, ao interpretar o artigo 38, parágrafo 5º, da Lei 4.595/64, emprestou sentido restrito à expressão “quando houver processo instaurado”, relacionando o termo técnico “processo” à idéia de relação jurídica processual. Expressamente, o STJ adotou esse conceito, ao transcrever trecho do Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que era objeto do recurso especial, o qual comenta: “mesmo a leitura rigorosa do § 5º do art. 38, empregando a paupérrima exegese literal, não deixa dúvidas, porque se utiliza o substantivo “processo”, a denotar relação jurídica processual...” (Grifei).

O ilustre Tributarista Ives Gandra da Silva Martins, em parecer objeto de publicação pela Revista IOB de Jurisprudência - Cad. nº 1 - 2ª Quinzena de Dez/1992 - págs. 438 e seguintes, esclarece:

SIGILO BANCÁRIO, DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO SOBRE INFORMAÇÕES E PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE.

“É intensa a discussão sobre o significado, a dimensão e a amplitude do sigilo bancário, sobretudo após o advento da Constituição de 1988, que consagrou, no art. 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, e no inciso XII, do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

.....
O pressuposto da adequação exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos o requisito da necessidade ou da exigibilidade significa que nenhum meio menos gravoso

D.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz para a consecução de tais objetivos.

.....
O princípio da proporcionalidade acima referido tem plena aplicação entre nós. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de assinalar que não basta a existência de lei para que se considere legítima determinada restrição a direito. Tal restrição deve "atender ao critério da razoabilidade", cabendo ao Poder Judiciário, em última instância, "apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não" (Cf. Representação nº 930, Relator Ministro Rodrigues Alckmin, transcrita in: RTJ 110, p. 967; Representação nº 1.054, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 110, p. 967; Representação nº 1.077, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 112, p. 34).

.....
Vê-se, pois, que a aplicação da disciplina contida no art. 38 e parágrafos, da Lei nº 4.595, de 1964, há de fazer-se em consonância com as premissas normativas derivadas diretamente do novo texto constitucional.

É certo, por outro lado, que tal intervenção não se há de verificar à revelia do titular do direito, que deverá ser devidamente notificado das providências requeridas antes mesmo de sua realização.

Do contrário, também as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório nos processos administrativos e judiciais (CF, art. 5º, "LV") e da proteção judiciária CF, art. 5º, XXXV) seriam transformadas em inútil ornamento da Lei Maior.

0.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Portanto, por opinião unânime dos tratadistas citados, a quebra do sigilo bancário somente pode ser efetivada desde que precedida de expressa autorização judicial, e a mesma só pode ser concedida se houver o devido processo legal (e não procedimento administrativo como é o caso desses autos), onde esteja plenamente fundamentada a sua necessidade e especificidade, não podendo a concessão da ordem judicial ser genérica ou aleatória.

O descumprimento dessas condições caracteriza grave ofensa ao direito e garantias fundamentais de contribuinte, face aos preceitos constitucionais, passível inclusive de tipificar crime, nos termos do disposto no art. 154 do Código Penal Brasileiro.

Os Tribunais Pátrios, além da decisão do Superior Tribunal de Justiça, já transcrita no item 11 acima, têm também reiteradamente julgado pela impossibilidade jurídica do procedimento adotado nesses autos, conforme continuamente vem se noticiando pela imprensa nacional, senão vejamos:

a. "GAZETA MERCANTIL", de 24.6.94 - pág. 29:

"O juiz da 1ª Vara da Justiça Federal em Brasília, João Baptista Coelho Aguiar, concedeu liminar desobrigando o Banco Itaú S.A. de entregar à Receita Federal informações sobre seus clientes que estejam sob investigação do Fisco.

O mandado de segurança foi impetrado pelo banco depois de receber uma notificação da Receita Federal exigindo a entrega de cópias de vários contratos de abertura de contas correntes, fichas cadastrais, cartões de autógrafa e extratos bancários de correntistas do Itaú que estão sofrendo processo administrativo instaurado pela Receita.

○

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Segundo o advogado Hélio Ramos Domingues, do Itaú e da Federação Brasileira da Associação dos Bancos (Febraban) os bancos sempre entregaram estas informações à receita quando existia a instauração de processo administrativo acreditando que “o ato não feria o sigilo bancário.”

Este comportamento foi alterado depois que a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que só o Poder Judiciário pode eximir as instituições financeiras do dever do sigilo bancário.

“A Febraban e os bancos não tiveram outra alternativa a não ser parar de fornecer as informações sob pena de estarem incorrendo na quebra do sigilo bancário”, diz Domingues. Ele acrescenta que a Febraban chegou a enviar uma carta à Receita e ao ministro da Fazenda comunicando o acórdão do STJ e “a sua impossibilidade, diante da decisão judicial, de continuar fornecendo as informações”. Segundo Domingues, outros bancos filiados à Febraban também já foram notificados pela Receita.”

b. “O ESTADO DE SÃO PAULO”, de 29.02.92, págs. 4 e 5:

“Sob o pretexto de combater a sonegação fiscal, a Receita Federal passou a se mobilizar para pedir a instituições financeiras informações sobre a movimentação de contas dos clientes. Ao decidir, recentemente, que essa iniciativa caracteriza quebra do sigilo bancário, protegido por lei, o juiz Sérgio Lazzarini, da 21ª Vara Federal, levantou barreira diante da pretensão e fez crescer o volume de críticas contra os novos critérios do governo. “Não pode autoridade administrativa fiscal requisitar informações sujeitas ao sigilo bancário, sem prévia autorização do juiz competente para apreciar a matéria”, diz a sentença que concede

D

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

segurança ao Banco do Estado de São Paulo (Banespa) contra ato do delegado da Receita Federal em Araçatuba. Em sua maioria, os juristas também condenam a atitude da administração por considerá-la inconstitucional. Com base no artigo 5º, inciso XII, da Constituição ("é inviolável"), o professor Ives Gandra Martins assegura estar garantido "o sigilo de todos os bancos da dados". Segundo ele, não há exceções,

estejam as informações "na posse de instituições financeiras, empresas de cartões de crédito ou qualquer outra entidade". Especialista em Direito Econômico e Direito Constitucional, Gandra esclarece que cabe aos prejudicados pela Receita pedir indenização por perdas e danos." (Grifei).

c. "REVISTA DOS TRIBUNAIS" - Ano 1/ Cad. 3 - Abr/Jun 1993, págs. 285 e seguintes:

Pode o Judiciário, sem restrição de qualquer Justiça, determinar a quebra do sigilo bancário, desde que por decisão fundamentada, "seja a medida justificada como apta ao objetivo colimado a par da inexistência de outro meio menos gravoso para a consecução do objetivo visado, sem prejuízo do limites impostos pelo interesse público que se pretende preservar." (Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar F. Mendes, "Sigilo Bancário", in Rep. IOB, 24/92, dezembro/92).

.....
Não há como, portanto, deixar de se considerar a ocorrência de violação de direito líquido e certo do sigilo bancário da hypothesis, não por ter sido determinada a quebra deste pura e simplesmente, não tão-somente porque tal determinação não se alicerçou em fundamentação sólida, o que implica admitir, por outro lado, a inexistência de prejuízo de, evidenciando-se

D.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

futuras razões que justifiquem a medida, vir a autoridade coatora a exercer esse poder, na forma da lei.”

d. Finalmente, a “Folha de São Paulo de 31.08.95, ao noticiar recente Julgamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal relativo à matéria, assim informa (pág. 1-5):

DECISÃO DO STF INVIABILIZA MUDANÇA NO SIGILO BANCÁRIO.

Tribunal decide que sigilo é uma garantia constitucional do contribuinte.

“O STF (Supremo Tribunal Federal) inviabilizou ontem a proposta do governo de quebra do sigilo bancário dos contribuintes, incluída na reforma tributária.

Seis ministros do Supremo decidiram que o sigilo bancário é uma garantia individual constitucional do contribuinte.

Nessa condição, ele é uma cláusula pétrea, que não pode ser suprimida nem mesmo por emenda constitucional.

.....
O relator do caso, ministro Marco Aurélio Mello, sustentou a tese majoritária, argumentando que somente a Justiça pode determinar a quebra do sigilo, conforme está previsto no inciso 12 do artigo 5º da Constituição.

O STF conclui que esse dispositivo constitucional garante a inviolabilidade da intimidade e do sigilo de dados.”

0

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Destarte, como inclusive reconhecido pelos Tribunais Pátrios, agora em última e definitiva instância pelo Pretório Excelso, demonstrado está a impropriedade jurídica cometida no lançamento fiscal objeto desses autos, que se baseou fundamentalmente em extratos bancários obtidos de forma ilegal, por ferir princípios constitucionais; razão pela qual tais documentos não podem servir de base para efeito de exigência de imposto.

A prova obtida ilegalmente conceitua-se como “ilícita” e não gera nenhum efeito jurídico, nos precisos termos do disposto no art. 5º - inciso LVI da Constituição Federal, “verbis”:

“.....
LVI - São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.
.....”

A respeito, esclarece a Obra “A Constituição do Brasil - 1988 - Comparada com a Constituição de 1967, e Comentada” - Ed. Price Waterhouse, pág. 184:

“O inciso LVI do art. 5º da atual Constituição, assim, somente ratifica a tradição legislativa brasileira ao dispor a inadmissibilidade das “provas obtidas por meios ilícitos”, cabendo ao direito, sempre, repugnar a ilicitude dos atos, não importando ao que eles se referem.”

Alerte-se que todo e qualquer dispositivo legal existente à época da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que foi alegado como amparador da solicitação dos extratos bancários, foram por ela derogados, ou seja, deixaram de existir em nosso mundo jurídico.

✓

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Assim, os extratos bancários foram requeridos pela repartição lançadora e fornecidos pelas instituições financeiras, sem a devida autorização judicial, a quem deveria ter sido solicitada a autorização, como bem demonstrado. E essa autorização não houve, em consequência, as provas obtidas através dos mesmos extratos devem ser tidas como ilícitas. E por isto restaram violados os direitos do RECORRENTE.

Assim, não podem prevalecer o lançamento no que diz respeito aos valores obtidos através dos extratos bancários, especialmente, os com base nos depósitos.

Porem, independentemente, da prevalência ou não da questão constitucional abordada, outros aspectos devem ser levados em consideração, como já o fizemos em outras oportunidades e que nos permitimos repetir.

Então, passamos a analisar a inviabilidade jurídica do lançamento, por presunção decorrente de depósito bancário, face os ditames do Decreto-lei nº 2.471, tendo em mente que o mesmo foi editado em 01.09.1988 e a disposição do “caput” do art. 9º e seu inciso VII, está assim vazada:

Art. 9º. Ficam cancelados, arquivando-se, conforme o caso, os respectivos processos administrativos, os débitos para com a Fazenda Nacional, inscritos ou não, como Dívida Ativa da União, ajuizados ou não, que tenham origem em cobrança:

.....
VII - do Imposto sobre a Renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou comprovantes de depósitos bancários.

.....(destaques nosso).

0.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Entende o RECORRENTE que tal dispositivo estava afastando os lançamentos do imposto de renda que tivessem como base exclusivamente os valores de extratos e comprovantes de DEPÓSITOS BANCÁRIOS, os quais “em tese e condicionados” só passaram a ter respaldo com o advento da Lei nº 8.021/90.

Efetivamente, o Governo Federal, ciente da ilegalidade dos lançamentos tributários com base exclusivamente em extratos ou depósitos, a vista de reiteradas decisões do Poder Judiciário, reconheceu esse fato, editando a norma do artigo 9º e inciso VII, do Decreto Lei nº 2.471/88. Suas razões estão destacadas na exposição de motivos que deu origem ao dispositivo retro mencionado, pelas seguintes colocações do então Ministro da Fazenda:

“A medida preconizada no art. 9º do projeto, pretende concretizar o princípio constitucional da colaboração e harmonia dos Poderes, contribuindo, outrossim, para desafogo do Poder Judiciário, ao determinar o cancelamento dos processos administrativos e das correspondentes execuções fiscais em hipóteses que, à luz da reiterada Jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal e do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, não são passíveis da menor perspectiva de êxito, o que, s.m.j., evita dispêndio de recursos do Tesouro Nacional, à conta de custas processuais e do ônus da sucumbência.”

Essa situação admitida pelo Governo Federal importa em confissão, sendo de se aplicar subsidiariamente os arts. 269, 334, 348 e 350 do Código de Processo Civil Brasileiro, que prescreve que a confissão faz prova contra o confidente, e o procedimento que se deve adotar.

Assim, ao cancelar e determinar o arquivamento dos processos administrativos objeto do art. 9º do Decreto Lei nº 2.471/88, impossibilitou qualquer tipo de ação contra os contribuintes que se achavam naquela situação. Ou seja, não poderia mais haver novo lançamento



PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

de tributo contra eles com base nos indícios trazidos pelos extratos bancários ou depósitos bancários, pois estes não eram e nunca foram, como agora reconhecido pelo diploma legal, base de sustentação para lançamentos.

Isto, sem dúvida alguma, se aplica, igualmente, aos contribuintes que antes da vigência do diploma, ou mesmo, após ele, se encontravam na mesma situação, ainda que em potencial. Ou seja, mesmo depois do diploma, se fossem fiscalizados e autuados com base em fatos ocorridos antes da vigência do diploma legal questionado, essa autuação seria inválida à falta de sustentação.

Ressalte-se aqui que o lançamento ora em análise atinge o exercício de 1990 (ano-base de 1989), portanto, posterior à edição do Decreto-lei nº 2.471/88. Então, resta saber se é aplicável ao caso o inciso VII do art. 9º desse diploma. Esse aspecto tem de ser desdobrado em dois pontos: os aspectos relativos aos fatos anteriores à vigência do art. 6º da Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990 e os relativos aos fatos já na vigência dessa última lei.

Administrativamente, no primeiro aspecto, esta questão está já agora superada com o pronunciamento unânime dado pela Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais, que negou provimento a recurso da Fazenda Nacional, no processo nº 11050/000.738/89-76 (Recurso nº RP/102-0.188), no qual apreciou a questão, por sinal similar, no tempo e na forma, ao do presente recurso. Através do Acórdão nº CSRF/01-1.898, de lavra do eminente Conselheiro Carlos Alberto Gonçalves Nunes (vice-presidente em exercício e relator). Sua ementa expressa o seguinte:

CANCELAMENTO DE DÉBITOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS -
Estão cancelados, pelo artigo 9º, inciso VII, do Decreto-lei nº 2.471/88, os débitos de imposto de renda que tenham por base a renda presumida através de arbitramento sobre valores de extratos ou de comprovantes bancários, exclusivamente.



PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

A matéria foi muito bem analisada pelo eminente Conselheiro Carlos Alberto Gonçalves Nunes, relator do referido Acórdão. Permito-me apenas transcrever a parte final e conclusiva em que reconhece a aplicabilidade do dispositivo legal em comento para fatos posteriores ao de sua edição:

Por todo o exposto, conclui-se que o legislador, apesar da redação dada ao art. 9º e seu inciso VII, que gerou interpretações contraditórias, não deixou de atingir os objetivos a que se propusera.

Dai, ter razão o sujeito passivo quando afirmou no final de suas contra razões que: "A lei ao determinar o arquivamento dos processos Administrativos em andamento, contém implícita uma determinação de não abrir novos processos sobre a mesma matéria."

Pelo menos enquanto o legislador não autorizasse o arbitramento do rendimento com base na renda presumida mediante utilização de depósitos bancários, o que somente veio a acontecer com o advento da lei 8.021/90, nas condições nela previstas.

A edição desta lei veio confirmar o entendimento de que não havia previsão legal que sujeitasse a incidência do imposto de renda com base em arbitramento de rendimentos sobre os valores de extratos e de comprovantes bancários, exclusivamente."

Por isso, mandou cancelar os débitos, lançados ou não."

D.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Com efeito, analisando-se o “caput” do art. 9º do Decreto-lei nº 2.471/88, “a priori” é de se ver que aparentemente ele se aplica aos processos administrativos existentes à data. Mas indo mais a fundo, inclusive verificando-se as decisões judiciais que o antecederam e deram suporte, o objetivo é maior.

De fato, além dos argumentos apresentados no Acórdão acima referenciado, as decisões judiciais sempre se pautaram no sentido de reconhecer que os extratos bancários, ou os valores de depósitos, por si só não constituam base de cálculo para fins de lançamento do imposto de renda. Quando muito poderiam se constituir em indícios de omissão de receita, a qual deveria ser apurada por outras formas em direito admitidas, cabendo à época, a prova dessa omissão a quem a alegasse. Ou seja, não era caso de presunção legal que transferisse o ônus da prova ao contribuinte.

E inexistindo à época da ocorrência dos fatos geradores essa presunção, não se pode agora aplicá-la, ainda que sob a égide de legislação superveniente que a permite. Ao lançamento aplica-se a lei vigente à época dos fatos geradores, como prescreve o art. 144 do CTN, não se podendo aqui querer alegar que apenas se aplicou novo critério de apuração. A presunção legal não é de novo critério de apuração, mas sim de prova, sendo portanto totalmente diferente.

Essa situação, mesmo com o advento do Decreto nº 2.471/88, bem como pela Lei nº 7.713/88, em nada modificaram o direito material que regia a questão da apuração de imposto de renda com base em depósitos bancários, vigente, que permaneciam a mesma. Apenas, trouxeram em seu contexto, de forma implícita, uma modificação sobre a forma de apuração, que passou a ter uma base de comprovação de acréscimo patrimonial comprovado.

A presunção legal efetiva somente veio a ser instituída através da Lei nº 8.021/90, a qual, através do § 5º do art. 6º, estabeleceu que o arbitramento pode ser efetuado com base em depósitos e aplicações realizadas junto às instituições financeiras, quando o contribuinte não

D.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações. Mas mesmo a sua aplicabilidade está condicionada, como adiante se verá, mas em primeiro lugar analisar-se-á o início de sua vigência.

Poder-se-ia ter que o art. 6º da Lei nº 8.021/90 introduziu uma regra de procedimento, ou seja, instituiu novo critério de apuração, pelo que se aplicaria retroativamente, a teor do § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional, que prescreve:

“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, 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 responsabilidades a terceiros.

§ 2º. O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido.”

Ora, o lançamento tem caráter declaratório e pela disposição acima, para sua efetivação, tem de observar a legislação vigente na data da ocorrência do fato gerador, no tocante aos seus elementos essenciais (base de cálculo, valor do tributo e sujeito passivo). Esse aspecto não contempla maiores discussões.



PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Entretanto, a disposição do § 1º do art. 144 do CTN, de outra parte, é puramente de Direito Processual Tributário o qual pode ser aplicada, a partir de sua vigência da lei, aos casos pendentes, mas não pode atingir os elementos essenciais do tributo, acima já especificados. Ou seja, é meramente de formalização do tributo que pode exigir, sem força constitutiva do direito, pois está sempre presa às circunstâncias que cercam o nascimento da obrigação tributária.

A ressalva do § 2º do art. 144, do CTN, por sua vez, não altera os conceitos acima, que seria, inclusive, aplicável ao caso, pois ele se apresenta como sendo o de um em que há vários atos negociais ou acontecimentos econômicos ocorridos durante um período de tempo certo, estipulado por lei, mas com uma data determinada em que o fato gerador ocorre envolvendo todos esses atos e acontecimentos. O que a ressalva quer dizer é no sentido de ser irrelevante a lei tributária vigente na data de cada um desses acontecimentos, isoladamente considerados. Para o lançamento, de qualquer forma, deve ser observado a lei vigente na data marcada pela lei como sendo a da ocorrência do fato gerador.

A questão, então se prende em se saber se a disposição do art. 6º da Lei nº 8.021/ 90, mais precisamente, para o caso, seu § 5º, é uma norma de procedimento, com aplicação retroativa ou se é uma norma substantiva para aplicação apenas aos fatos que ocorrerem após a sua vigência e eficácia, com observância dos princípios tributários maiores.

Este aspecto já foi devidamente apreciado pela Egrégia Câmara Superior de Recursos Fiscais, ao apreciar o Processo nº 10.840/001.856/92-83 (Recurso RD/104-0.700), em que se discutia questão de depósitos bancários do ano-base de 1989 (Exercício de 1990) sendo Recorrente Michel Salloum e Recorrida a 4ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, do qual resultou o Acórdão nº CSRF/01-1.991, cuja ementa está assim redigida:

CANCELAMENTO DE DÉBITOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS -

Estão cancelados, pelo artigo 9º, inciso VII, do Decreto-lei nº 2.471/88,



PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

os débitos de imposto de renda que tenham por base a renda presumida através de arbitramento sobre valores de extratos ou de comprovantes bancários, exclusivamente.

IRRETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA - A lei tributária que torna mais gravosa a tributação somente entra em vigor e tem eficácia, a partir do exercício financeiro seguinte à aquela em que for publicada. O § 5º do art. 6º da Lei nº 8.021, de 12.04.90 (D.O. de 13.04.90), por ensejar aumento de imposto, não tem aplicação ao ano-base de 1990.”

A decisão acima foi tomada por maioria de votos, vencido apenas um Conselheiro, dando-se provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto do relator, o eminente Carlos Alberto Gonçalves Nunes.

Do voto do relator, a primeira parte mencionada na ementa, tem como fundamento e referência o já decidido no Acórdão nº CSRF/01.898, anteriormente já mencionado e a segunda no que diz respeito a irretroatividade da aplicação do § 5º do art. 6º da Lei nº 8.021/90 (segunda parte da ementa), sobre a qual discorre com fartos argumentos de direito para sua conclusão e que são uma verdadeira aula.

As razões da decisão, todavia, não deixam dúvida alguma. As disposições do § 5º do art. 6º da Lei nº 8.021/90, somente tem eficácia e aplicação a partir do ano-base de 1991 (exercício de 1992). Logo, não pode retroagir para atingir fatos geradores ocorridos antes de 1º de janeiro de 1991.

Ao contrário do acima exposto, tem-se argüido que o § 5º do art. 6º da Lei nº 8.021/90, é uma regra de procedimento que instituiu novo critério de apuração e por óbvio, face ao disposto no § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional, teria aplicação retroativa.

D.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Todavia, os defensores dessa tese, em sua maioria, defendem igualmente que o § 5º em comento não pode ser interpretado separadamente do contexto do art. 6º da Lei nº 8.021/90, em que está inserido. Isto porque todo o art. 6º constitui-se num conjunto harmônico, do qual o § 5º não pode ser dissociado.

Ora, o inciso V do art. 39 do RIR/80 que tratava do arbitramento com base na renda presumida, através de sinais exteriores de riqueza que evidenciassem a renda auferida ou consumida pelo contribuinte, que tinha por matriz o art. 9º da Lei nº 4.729/65 foi expressamente revogado pelo art. 13 da já citada Lei nº 8.021/90. Mesmo que não tivesse sido assim expressamente revogado o teria sido implicitamente, pela superveniência do art. 6º da Lei nº 8.021/90.

Ora, se o art. 6º da Lei nº 8.021/90 e seus parágrafos se constituem num conjunto harmônico, o § 5º, por óbvio, se subordina a este contexto. Dele não pode ser retirado para ser aplicado isoladamente a dispositivo legal autônomo anterior, ainda que este trate da mesma matéria, e que restou revogado.

Portanto, em assim, sendo mais uma vez se constata que por ser o art. 6º da Lei nº 8.021/90 uma norma impositiva, sua vigência como um todo tem que observar o princípio da anterioridade, pelo que ele somente pode atingir os fatos geradores ocorridos a partir de 01.01.91, como também deve ser estendido este mesmo critério ao disposto no seu § 5º que a ele se subordina.

Logo, mais uma vez se verifica que o § 5º do art. 6º da Lei nº 8.021/90 não se aplica a fatos geradores ocorridos antes de 01.01.91.

No caso concreto, portanto, a exigência tributária, exclusivamente com base nos depósitos bancários efetuados e existentes em nome do RECORRENTE, durante o ano-base de 1990, não podem ter amparo e serem atingidos pela aplicação do § 5º do art. 6º da Lei nº



PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

8.021/90. No caso, inclusive, como já demonstrado, teria aplicação o que já foi exposto anteriormente na análise do Decreto-lei nº 2.471/88.

Mesmo que se admitisse a aplicação do § 5º do art. 6º da Lei nº 8.021/90, retroativa, ou apenas para os fatos “in concreto” ocorridos após 1º de janeiro de 1991, deve-se ressaltar que essa nova lei, pela interpretação que esse Egrégio Conselho tem dado, obriga a fiscalização a comprovar a utilização dos valores depositados como renda consumida.

É que esse novo diploma veio reforçar as razões do Decreto-lei nº 2.471/88, e mesmo os fatos ocorridos após a sua vigência, tendo como fato fundamental que os depósitos bancários, por si só, não podem servir de fundamento e base de cálculo do imposto de renda. Eles, quando muito podem servir de referência para evidenciar receita omitida a qual deve ser estar vinculada a comprovação de renda consumida.

A posição desse Egrégio Conselho está muito bem traduzida no Processo nº 13706/000.944/94-81 (Recurso nº 04.368), apreciado pela Colenda 4ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, em que se deu provimento ao recurso, por maioria de votos, nos termos do relatório e voto da eminente Presidente e Relatora Leila Maria Scherrer Leitão, do qual resultou o Acórdão nº 104-12.517, cuja ementa está assim lavrada:

IRPF - LANÇAMENTO COM BASE EXCLUSIVAMENTE EM DEPÓSITO BANCÁRIO - CANCELAMENTO - Os lançamentos efetuados com base em renda presumida através de extratos e comprovantes bancários, exclusivamente, hão de ser cancelados, por força do disposto no art. 9º, inciso VII do Decreto-lei nº 2.471 de 1988.

SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZA - LEI Nº 8.021, DE 1990 - APLICAÇÃO - No arbitramento, em procedimento de ofício, efetuado com base em depósito bancário, nos termos do parágrafo 5º do art. 6º

0.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

da Lei nº 8.021, de 1990, é imprescindível que seja comprovada a utilização dos valores depositados com renda consumida, evidenciando sinais exteriores de riqueza, visto que, por si só, depósitos bancários não constituem fato gerador do imposto de renda pois não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos. O lançamento assim constituído só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre o depósito e o fato que represente omissão de rendimento.

O arbitramento com base naquele dispositivo legal, por constituir aumento de imposto, não tem aplicação no ano-base de 1990.

A eminente relatora do Acórdão em apreciação, Conselheira Leila Maria Scherrer Leitão, explicitou muito bem em seu voto o que foi traduzido resumidamente na sua ementa. Entretanto da análise de seu voto notam-se que três aspectos são neles abordados:

- a) por força do disposto no inciso VII do art. 9º do Decreto-lei nº 2.471/88, não se pode tomar o depósito bancário, como base de arbitramento, para lançamento do imposto de renda, mesmo para aqueles constituídos após o seu advento, até a vigência e eficácia da Lei nº 8.021/90;
- b) o arbitramento com base no § 5º do art. 6º da Lei nº 8.021/90, por se constituir em aumento de imposto, somente tem aplicação após o ano-base de 1990; e
- c) o procedimento de ofício, com base no mesmo dispositivo, só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre o depósito e o fato que represente omissão, ou seja, a comprovação, pela autoridade lançadora, da utilização dos valores depositados como renda consumida, evidenciando sinais exteriores de riqueza.



PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Os dois primeiros aspectos referendam tudo o que já foi dito, anteriormente, sobre o mesmo tema. O último, impõe que não basta obrigar o contribuinte a comprovar a origem dos depósitos bancários, mas sim que a autoridade lançadora estabeleça um relação de causa e efeito entre o depósito e o rendimento omitido, mediante comprovação efetiva da renda consumida que evidencia os sinais exteriores de riqueza, para poder efetuar o lançamento.

As colocações a respeito desse último aspecto, acima mencionadas, são repetidas no Acórdão nº 104-12.684, da mesma 4ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, pela mesma relatora, agora decidido em favor do contribuinte por unanimidade de votos. Idêntico entendimento estabeleceu o Acórdão nº 102-29.449 da 2ª Câmara do mesmo Conselho, que inclusive estabeleceu que apesar dos depósitos bancários evidenciarem sinais exteriores de riqueza, devem ser o marco inicial da investigação e não o objetivo final, pelo que mister se faz a demonstração não só do aumento patrimonial, bem como da receita de modo inequívoco.

Com efeito, analisando-se o “caput” do art. 6º da Lei nº 8.021/90, o que se percebe é que ele autoriza o lançamento de ofício, mediante arbitramento de rendimentos com base em renda presumida, **mediante sinais exteriores de riqueza.**

A ilação fundamental que se tira deste dispositivo, pois, é que haja evidência da existência de sinais exteriores de riqueza, como tais considerados a realização de gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte (§ 1º do art. 6º da Lei nº 8.021/90). Em outras palavras, deve existir evidentes sinais exteriores de riqueza, traduzido por gastos que ultrapassam os limites da renda disponível do contribuinte e, por óbvio, por ele declarada.

Ou seja, a essência do art. 6º da Lei nº 8.021/90 é a evidência de sinais exteriores de riqueza. Em existindo esses é autorizado o lançamento tributário, com arbitramento dos rendimentos com base na renda presumida, permitindo-se, alternativamente, que esse arbitramento tome como referência depósitos ou aplicações efetuadas junto a instituições financeiras, desde que o contribuinte não comprove a origem dos recursos.

0.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Então, para se efetivar o lançamento autorizado a autoridade fiscal competente, em primeiro lugar deve evidenciar os sinais exteriores de riqueza do contribuinte. Não está autorizado a pressupor, essa fato, através da existência de depósitos bancários, pois estes, como já amplamente foi argumentado, por si só, não representam renda sujeita a tributação, nem tampouco evidenciam sinais exteriores de riqueza.

Pode-se argumentar que uma vez apurado a existência de depósitos bancários e não tendo o contribuinte comprovado a origem dos recursos que lhe dão sustentação, este fato seria suficiente para o lançamento. Mas não é isso que o art. 6º da Lei nº 8.021/90 autoriza, nem tampouco o seu § 5º, que está no seu contexto, que deve se entender subordinado ao “caput” do artigo em questão.

Correto, então, o entendimento de que não basta simplesmente a existência de depósitos bancários, cuja origem dos recursos não tenha sido comprovado pelo contribuinte, mas sim que a autoridade fiscal comprove a utilização dos valores depositados como renda consumida, evidenciado assim sinais exteriores de riqueza.

Portanto, antes e depois da edição do Decreto lei nº 2.471/88, bem como após a vigência da Lei nº 8.021/90, os depósitos bancários continuam não sendo, por si só, base para lançamento de imposto de renda. Para validade do lançamento há que haver um nexo causal entre eles a renda consumida comprovada.

No presente processo, mesmo que se admita como regra de procedimento o disposto no § 5º do art. 6º da Lei nº 8.021/90, isto não foi efetuado. Tomou-se simples e exclusivamente os depósitos bancários como acréscimo patrimonial, decorrente de rendimento omitido, o que por si só é uma incoerência, para se efetivar o lançamento, como já comentado

0.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

preliminarmente. Mesmo que se tomasse agora, os extratos bancários constantes do processo para uma análise, nota-se que eles são incompletos.

Poder-se-ia até alegar que, apesar de não efetuado pela fiscalização, que nos extratos em questão existiam aplicações financeiras que poderiam ser indício de renda consumida, para essa caracterização e assim manter o lançamento. Todavia isso seria aspecto inovador, do qual o RECORRENTE não teve ciência em momento algum do processo, além do que não teria base de sustentação, pois as aplicações financeiras contidas nos extratos bancários não foram consideradas na análise para o lançamento.

Ademais, muito embora disso, as aplicações financeiras possam ser caracterizadas como investimentos, sem dúvida alguma, tenho, que nem sempre representam efetivamente renda consumida, na acepção técnica do termo usado, quer no inciso V do art. 39 do RIR/80, como no art. 6º da Lei 8.021/90.

Com efeito, as aplicações financeiras, em princípio, representam recursos disponíveis do contribuinte (não confundir com disponibilidade de renda), podem ser de curto ou de longo prazo, as quais podem ser realizadas e convertidas em outras aplicações, inclusive, não financeiras. Elas representam, efetivamente, renda consumida quando aplicados com intuito permanente, sendo que para fins de imposto de renda esse permanente se revela no momento em que integram a relação de bens do contribuinte, expressas através de sua Declaração de Rendimentos, ao fim de cada período-base.

Reforça este raciocínio, a própria disposição do comentado § 5º do art. 6º da Lei nº 8.021/90, que diz que o arbitramento não só pode ser feito com base em depósitos bancários, mas, também, alternativamente, com base em aplicações realizadas junto à instituições financeiras.

D.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

39

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Isto quer dizer que, em havendo aplicações financeiras, elas por si só também não representam renda consumida, ainda que não comprovada a origem dos recursos utilizações para sua efetivação, por parte do contribuinte. Aplica-se aqui o mesmo que se interpreta em relação aos próprios depósitos bancários: a necessidade da comprovação do nexo causal entre as aplicações financeiras e a renda consumida.

Portando, as aplicações financeiras, sem dúvida alguma não representam renda consumida e sequer acréscimo patrimonial. Em relação a elas, uma vez não comprovada a origem dos recursos que lhe deram sustentação, cabe ao fisco comprovar o seu consumo.

É interessante se observar que neste processo a fiscalização, para determinar os acréscimos patrimoniais, se ateve exclusivamente em relação aos depósitos bancários e não às aplicações financeiras constantes dos extratos bancários, inclusive no que diz respeito ao valor de Cr\$. 278.861.591,49, correspondente a um prêmio de loteria ganho pelo RECORRENTE, e não considerado na análise para efeito de acréscimo patrimonial. E o que se nota também nesses extratos é a seqüência de aplicações financeiras e seus resgates, demonstrando exatamente o que se disse anteriormente sobre as aplicações financeiras de curto prazo.

Assim, de qualquer forma, no presente processo, se percebe que a fiscalização, nos respectivos meses de apuração, não levou em consideração a necessidade de se provar o nexo causal, ainda que parcial, entre os depósitos bancários e a renda consumida, a não ser no que corresponde aos seguintes dispêndios, considerados como acréscimos patrimoniais:

a) os pagamentos efetuados à NORCON - Sociedade Nordestina de Construção Ltda., para aquisição de um apartamento e garagem no Edifício "Maison Saint Moritz" nos seguintes meses:

- janeiro de 1990 - Crs 274.000,00

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

40

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

- fevereiro de 1990 - Cr\$ 429.461,63
- novembro de 1990 - Cr\$ 2.290.000,00
- dezembro de 1990 - Cr\$ 4.655.600,00
- janeiro de 1991 - Cr\$ 3.880.750,00

b) aquisição do Sr. Francisco Zuppo Netto, de uma motocicleta "Honda 90", em 06 de maio de 1991, pelo valor de Cr\$ 2.683.620,00. Sobre este valor vale esclarecer que o contribuinte reconheceu a imputação efetuada.

Assim, com todo o respeito, ao decidido em 1ª instância, o levantamento feito "exclusivamente" com base nos depósitos bancários não tem sustentação naquilo que não se demonstrou a renda consumida e, por conseguinte, devem ser excluídos da base de cálculo do imposto. Assim, apenas restam os valores mencionados acima, decorrentes de investimentos plenamente demonstrados, que devem ser considerados com acréscimo patrimoniais.

Independentemente destas colocações cabe aqui uma análise de um aspecto de direito abordado pelo RECORRENTE, em seu recurso. Nos referimos a alegação de que teria sido aplicada a metodologia de se fazer a apuração por 1/12 (um doze avos), ou seja para se fazer a apuração mensal.

Analisando o contido no processo, em confronto com o dos Acórdãos deste Colegiado, citados pelo RECORRENTE (fls. 343), percebe-se que este laborou em evidente equívoco. Os Acórdãos citados, vem como em outras decisões similares deste Conselho, não admitem a divisão de rendimentos por 12, para efeito de distribuição em parcelas mensais.

No caso concreto isto não ocorreu. Não houve a apuração de um rendimento anual total, para após promover a sua divisão por 12, e distribuir o resultado por cada um dos

0.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

meses do período-base. Houve sim uma apuração dos depósitos bancários em cada um dos meses, e seu montante considerado como rendimento dentro do próprio mês em que foram efetivados.

E isto atendia plenamente as disposições da Lei nº 7.713/88, que institui o regime de apuração mensal para cálculo do imposto de renda de pessoa física.

Portanto, é de se rejeitar essa argumentação, de plano. Entretanto ela serve de fundamentação para reparo de um outro aspecto não admitido pela nossa jurisprudência e doutrina, que diz respeito a desconsideração dos saldos mensais nos meses seguintes para efeito de apuração dos acréscimos patrimoniais.

É que a partir da vigência da Lei nº 7.713/88, como já foi dito anteriormente, o imposto de renda das pessoas físicas é devido mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos. Mas permaneceu a obrigação da apresentação anual da Declaração de Rendimentos (Ajuste) e que somente através dela é que se informa os valores de bens existentes ao final de cada período-base, ainda que adquiridos no decorrer do mesmo.

Em razão deste aspecto é incorreto o procedimento da fiscalização que se pauta no sentido de desconsiderar os saldo de recursos verificados num dado mês para fins de justificar acréscimos patrimoniais em meses subsequentes, dentro do mesmo ano-base base.

Neste particular, deve-se atender o RECORRENTE. Em processo recente, em que fomos relator, tivemos oportunidade de referendar decisão tomada por julgador de 1ª instância, que resultou desfavorável, em parte, ao contribuinte. Nos referimos ao processo nº 10983/000632/95-54 (Recurso nº 06.994) do qual lavrou-se o Acórdão nº 106-07.945. Na parte que foi julgada favorável ao contribuinte, estava exatamente a matéria idêntica a aqui tratada e que mereceu, na oportunidade o seguinte pronunciamento do julgador de 1ª instância:

D.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Relevante esclarecer que o procedimento da fiscalização no sentido de desconsiderar o saldo de recursos verificado num dado mês para fins de justificar acréscimos patrimoniais ocorridos em meses subseqüentes, dentro do mesmo ano-base, está incorreto. Inexiste norma legal exigindo que toda e qualquer movimentação financeira ocorra através de instituições bancárias, única forma de comprovar o destino do numerário em poder do contribuinte. Inexistindo norma legal, conclui-se que a exigência fiscal contraria o princípio da legalidade, consagrado pelo art. 5º, II da Constituição Federal ("Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei").

Assim, verifica-se a arbitrariedade do procedimento de considerar consumidas no período as sobras de recursos verificados em determinados meses. *Ab initio*, cumpre observar que a existência de sobra de recursos em determinados meses é indiscutível. O excedente de recursos foi efetivamente comprovado pela própria autoridade fiscal, que com muito zelo elaborou os demonstrativos mensais de apuração da variação patrimonial (fls. 322/334)

Deve-se, pois, no tocante a este tema, considerar improcedente o lançamento, aceitando-se as sobras de recursos verificados num dado mês para justificar dispêndios ocorridos em meses subseqüentes, dentro de um mesmo ano-base.

Os saldos por ventura remanescentes ao final de cada ano-base, contudo, somente se transferem para o ano-base posterior caso sejam incluídos na respectiva declaração anual de bens e direitos, e devidamente comprovados, a critério da autoridade fiscal, conforme estabelecido no art. 51 da Lei nº 4.069/62, abaixo transcrito:

Q.

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

"Art. 51 - Como parte integrante da declaração de rendimento a pessoa física apresentará relação pormenorizada, segundo modelo oficial, dos bens imóveis e móveis que no país ou no estrangeiro constituem o seu patrimônio e dos seus dependentes, no ano-base.

§ 1º - A autoridade fiscal poderá exigir do contribuinte os esclarecimentos que julgar necessários acerca da origem dos recursos e do destino dos dispêndios ou aplicações, sempre que as alterações declaradas importarem em aumento ou diminuição do patrimônio."

Assim, fica plenamente evidenciado que devem ser considerados os saldos ou sobras de recursos de um mês para outro, dentro do mesmo período-base ou ano-calendário. Mas não se transferem para os períodos anuais seguintes, excetos quanto aos saldos informados na declaração de bens que constam das declarações de rendimentos ou de ajuste.

E o RECORRENTE apresentou regularmente suas Declarações de Ajuste Anual, cujas cópias estão acostadas neste processo, onde se encontram indicados os saldos de disponibilidades financeiras nos finais de cada período-base.

Resta, ainda, a análise de alguns aspectos fáticos alegados pelo RECORRENTE.

Salienta o RECORRENTE que os Agentes Notificantes não consideraram como recursos de caixa os seguintes valores por ele percebidos:

- a) Cr\$ 400.000,00, recebido pela venda de 2 (lotes de terreno) em agosto de 1990;
- b) Cr\$ 7.500.000,00, relativo à venda de 3 (três) terrenos, no dia 17.12.91;
- c) Cr\$ 6.000.000,00, recebidos da empresa Motopop Ltda., a título de dividendos, em 31.12.91.
- d) Cr\$ 278.861.591,49, do prêmio de loteria, recebido em 18.11.92.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

44

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Na decisão de primeira instância foi acatada a alegação do RECORRENTE, relativo ao valor de Cr\$ 400.000,00, e determinou o seu cômputo como origem de recursos.

Já os valores de Cr\$ 7.500.000,00 e Cr\$ 6.000.000,00 a decisão “a quo” os desconsiderou, sob o pressuposto de que o acréscimo patrimonial verificado nos meses de janeiro de 1991 e novembro de 1991, não podem ser infirmadas pela comprovação desses rendimentos.

Me permito discordar desse pensamento, exatamente pelas colocações acima já mencionadas relativas ao período anual da declaração de rendimentos. Ademais não aceitar que tais valores não foram depositados é negar a livre circulação da moeda nacional, mesmo em época de alta inflação, que induziria ao mais bem avisado, para não sofrer perdas, a não fazer depósito. Apesar disso, ninguém está impedido de manter recursos em dinheiro em caixa.

E como já se disse anteriormente, inexistente norma legal exigindo que toda e qualquer movimentação financeira ocorra através de instituições bancárias, como única forma de comprovar o destino do numerário em poder do contribuinte.

Assim, esses valores, nos meses em que foram percebidos, com seu cômputo para os meses seguintes, até o mês de dezembro do ano respectivo, devem ser computados como recursos.

Igualmente deve assim ser considerado o valor de Cr\$ 278.861.591,49, recebido em 18.11.92, que pode até se mostrar irrelevante, a final, para o caso.

Portanto, os cálculos dos acréscimos patrimoniais, de qualquer forma, devem ser refeitos para considerar estes aspectos.

0

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Quanto aos demais aspectos ditos impugnados pelo RECORRENTE, este apenas alega ter impugnado, mas na realidade nada trouxe ao processo para demonstrar o seu pretensão direito. Por isso, não vejo como prosperar.

Finalmente, muito embora o RECORRENTE não tenha alegado em suas razões de defesa a questão da incidência da TRD sobre o valor mantido, relativo ao período que antecede a 1º de agosto de 1991, por uma questão de justiça e economia processual, é de se analisar a questão.

A exigência de juros, calculados com base na variação da TRD, tem sido objeto de análise por parte deste Colegiado, o qual, em inúmeros julgados, de que é exemplo o Acórdão CSRF nº 01-01.914/95, tem concluído pela improcedência de tal exigência, relativamente ao período anterior a 01 de agosto de 1991, por entenderem que a Medida Provisória nº 298, de 29.07.91 (DOU de 30.07.91), a qual viria a ser convertida na Lei nº 8.218, de 29.08.91, publicada no DOU de 30, seguinte, não poderia retroagir a 04 de fevereiro de 1991, pois feriria o princípio constitucional de irretroatividade da lei tributária, quando prejudicar o contribuinte. Estaria, portanto, o Fisco autorizado a cobrar os juros, calculados pela variação da TRD, apenas a partir de 01.08.91, como explicitado no acórdão referido. Esse pensamento também teve a douta Procuradoria da Fazenda Nacional em processo julgado por esta Câmara.

Assim, é incabível a exigência de juros calculados com base na variação da TRD, relativamente a período anterior a 01 de agosto de 1991 - período em que a taxa aplicável era de 1% ao mês ou fração.

Por todo o exposto e por tudo mais que do processo consta, conheço do recurso, por tempestivo e apresentado na forma da Lei, e lhe dou provimento parcial, para:

- a) excluir da base de cálculo do imposto os valores dos depósitos bancários;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

46

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

- b) manter os acréscimos patrimoniais, nos meses respectivos, dos dispêndios relativos à aquisição do apartamento e garagem no edifício “Maison Saint Moritz”, no total de Cr\$ 11.529.811,63, mas na sua apuração final considerar os efeitos, quando for o caso, do que se expõe a seguir;
- c) considerar como recursos disponíveis, além do já deferido na decisão “a quo”, os valores de Cr\$ 7.500.000,00 e Cr\$ 6.000.000,00 em dezembro de 1991, e, ainda, Cr\$ 278.861.591,49 em novembro de 1992, bem como a transposição dos saldos mensais para cômputo no mês seguinte, e assim sucessivamente, até o mês de dezembro de cada ano;
- d) a exclusão no cálculo do valor devido, a incidência da TRD, como taxa de juros, no período anterior a 1º de agosto de 1991, quando a taxa aplicável era de 1% ao mês o fração.

Sala das Sessões-DF, 15 de outubro de 1996


GENÉSIO DESCHAMPS

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

VOTO VENCEDOR

CONSELHEIRO MÁRIO ALBERTINO NUNES, RELATOR DESIGNADO

1. Com a devida vênia, ousou discordar, em parte, das conclusões contidas no brilhante voto do ilustre Conselheiro relator.
2. Fundamentalmente, o recorrente se insurge contra o que considerou “quebra de seu sigilo bancário” e contra o fato de não terem sido considerados, nos mapas de evolução patrimonial, alguns recursos de que teria disposto, não tendo se preocupado em justificar a origem dos depósitos bancários e se conformando com os demais itens do lançamento. Inclusive, com o fato de não terem sido computados, de um mês para o outro, os eventuais excessos (sobras) de recursos - o que o d. relator achou por bem considerar e com o que eu concordo, pelas mesmas razões que, quanto a este aspecto, expôs. Não concordo com a consideração do valor de 278.861.591,49, decorrente de prêmio de loteria - eis que o referido depósito já deixou de ser considerado no mapa de evolução patrimonial, correspondente, justamente porque, no caso, se tratava de depósito cuja origem foi esclarecida. Tivesse o contribuinte se preocupado em esclarecer, também, a origem dos demais depósitos, certamente eles, também, teriam sido excluídos pelas DD. Autoridades Lançadoras. Também não concordo com a consideração dos valores de 7.500.000,00 e de 6.000.000,00, pois teriam sido obtidos em dezembro/91, como informado às fls. 167. Para que se possa transportar sobras de dezembro para janeiro do ano seguinte e, daí, para os meses subsequentes, impõe-se que a *sobra* tenha sido declarada na Declaração de Bens do ano-base correspondente - o que não ocorreu, como se pode verificar às fls. 164v. e 165. Logo a conclusão lógica só pode ser que tais recursos foram consumidos antes de 31.12. do ano-base, data a que se refere a Declaração de Ajuste. Concordo, entretanto, com a exclusão de juros de mora calculados com base na variação da TRD, pelos mesmos motivos indicados pelo insigne relator, ainda que tal não tenha sido pedido pelo contribuinte, mas em atenção à jurisprudência deste Colegiado.



PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

3. Em resumo, as únicas discordâncias que tenho, em relação ao voto do insigne relator são:
- relativamente à consideração do recurso nos valores de 278.861.591,49, de 7.500.000,00 e de 6.000.000,00, pelos motivos já expostos;
 - relativamente à questão dos depósitos bancários, pelos motivos que exporei, a seguir.
4. Quanto à Omissão de receita, apurada conforme movimentação bancária, relativamente aos anos-bases de 1990 a 1994, o recorrente não nega os fatos, discutindo, entretanto, a constitucionalidade dos procedimentos da Fiscalização e das leis que os respaldaram.
5. O ataque à constitucionalidade da lei em que se apoiou o Fisco, para promover a autuação, costuma ser tratado, por este Colegiado, de maneira sumária, proclamando, de imediato, que não seria na esfera administrativa que tal discussão deveria ser proposta.
6. Com efeito, a esfera correta para discutir a constitucionalidade das leis vigente no País é o Poder Judiciário, cabendo ao Supremo Tribunal Federal (STF) processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (CF/88, art. 102, I, "a") ou julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (CF/88, art. 102, III, "b").
7. Ante tal constatação, a jurisprudência deste Colegiado tem se pautado por não conhecer do recurso se a defesa se limita a levantar dúvidas quanto à constitucionalidade do ato que embasou a exigência; ou a desconsiderar os argumentos, nesse sentido, se outros houver para serem conhecidos.



PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

8. Obviamente, que tal colocação, por parte deste Colegiado, vai estimular o contribuinte a bater às portas do Poder Judiciário - eis que a simples declaração de não conhecimento, por mais tecnicamente correta que seja - dá-lhe a ilusória impressão de que o Conselho de Contribuintes só não declarou, por si, a inconstitucionalidade, por não ter competência para tanto, bastando, portanto, buscar a instância correta. Embora tal impressão possa, em algumas casos, converter-se em realidade, entendo não seria este o caso. E como já é generalizada e sistematicamente idêntica a ação fiscal de que tratam estes Autos - como idênticas são as defesas apresentadas - é de pressupor-se que, a manter-se aquela impressão ilusória, a que me referi, inúmeros serão os pleitos ao Poder Judiciário - já sobrecarregado - e que terão, como única consequência, a demora na efetiva liquidação do crédito tributário - o que será ruim para a Administração Tributária, que o espera, e para o contribuinte, que o verá ir crescendo, por conta dos acréscimos legais referentes à mora.
9. É, portanto, com essa preocupação com a economia processual que me proponho a analisar tais questionamentos.
10. O aspecto relativo ao Sigilo Bancário é apoiado, na impugnação e reiterado no recurso , em dispositivos constitucionais atinentes à inviolabilidade da CORRESPONDÊNCIA, nas suas múltiplas formas, e à preservação da PRIVACIDADE das pessoas.
11. De início, convém fique claro que a argumentação da contribuinte tem, efetivamente, duas vertentes. A primeira, quanto ao reclamado desrespeito ao sigilo a que a contribuinte teria direito em suas transações financeiras, inclusive bancárias; a segunda, quanto a ter o Fisco se utilizado, exclusivamente , de extratos bancários, para formalizar a exigência.
12. O dever de prestar informações ao Fisco, quando devidamente formalizado o pedido, é disciplinado pelo art. 197 do Código Tributário Nacional (CTN), “verbis”:



PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

“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;

.....”

13. Legislação posterior (Decreto-lei nº 2.303/86, art. 9o., Lei nº 8.383/91, art. 3o., I, e RIR/94) viria a reforçar tal dever, na medida em que estabeleceram sanção pecuniária como contrapartida ao seu desatendimento.
14. Quebra de sigilo existiria se o agente do Fisco, abusando das prerrogativas que a lei lhe faculta, tivesse divulgado o que ficara sabendo em função do seu ofício - abuso proibido pelo mesmo CTN.
15. Ora, não consta, nem a contribuinte traz qualquer prova, que qualquer agente da Fazenda Pública tenha, fora do processo, divulgado qualquer dado ou informação que compromettesse o direito da contribuinte a manter sob sigilo sua vida econômica.
16. Quanto ao direito, diria, até, dever da autoridade fiscal se valer das informações legitimamente obtidas, está plenamente caracterizado. A ação fiscal foi iniciada em 09.03.94, com a ciência do Termo de Início de Fiscalização de fls. 01. Em plena vigência da Lei nº 8.021, de 12.04.90. a qual veio legitimar o lançamento de ofício, embasado em sinais exteriores de riqueza, aferíveis através do exame de extratos bancários, revogando dispositivo, até então, vigente (DL 2.471/88). Com efeito, dispõe o novo diploma legal:



PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

"Art. 6o. - O lançamento de ofício, (...), far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

.....

parágrafo 5o. - O arbitramento poderá, ainda, ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações.

..... "

17. Caberia, portanto, ao contribuinte comprovar a origem dos depósitos utilizados para determinar a evolução patrimonial a descoberto. Preocupação que nunca demonstrou, tendo-se negado a discutir qualquer matéria de fato. A conclusão óbvia é de que se negou porque, certamente, não teria como comprová-los, a não ser como advindos de recursos mantidos à margem da tributação devida.
18. Neste mesmo Colegiado têm-se encontrado opiniões divergentes - o que sempre será salutar, na medida em que a divergência em questões técnico-científicas leva à discussão e esta ao aprimoramento das idéias.
19. Pautam-se tais opiniões pelo entendimento de que, em situações como a colocada nestes Autos, não basta a constatação da existência dos depósitos/saldos bancários para - desde logo - caracterizar a disponibilidade econômica omitida. Parta tais abalizadas opiniões, faz-se mister que o Fisco prove, *ainda*, o consumo de tal renda, presumida através dos referidos depósitos/saldos.
20. Com todo o respeito que merecem os dignos defensores de tal opinião, com a mesma não posso concordar.



PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

21. Isto, porque o fato gerador do imposto em causa - Imposto de Renda - é a renda e não o consumo. Isto é patente no Código Tributário Nacional, que, em seu art. 43, dispõe, de maneira categórica:

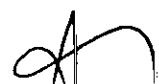
"Art. 143 - O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

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

II - proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior." (grifei).

22. Assim sendo, ao Fisco só caberá demonstrar a aquisição da disponibilidade econômica - a qual fica mais do que evidenciada pela existência de numerário depositado e à disposição do contribuinte. A este caberia, como a própria Lei nº 8.021/90 prevê, provar a não disponibilidade, indicando a fonte dos depósitos, a sua origem incompatível com a disponibilidade que possa ter de tais numerários. Como seria o caso, por exemplo, de comprovados depósitos da firma individual na conta bancária do seu titular, ou de rendas do mandante em conta do mandatário, etc.

23. E não poderia ser diferente. O assalariado é tributado pelo que ganha, assim como o profissional liberal ou autônomo, ou o proprietário de imóveis de aluguel, ou o proprietário rural. O Fisco não espera que tais contribuintes consumam tais rendas para, só então, tributá-las. O que importa - segundo o mandamento legal - é a constatação ou mesmo presunção legal de que ocorreu o ingresso. Como, ainda por exemplo, ocorre quando alguém é surpreendido pela Fiscalização Aduaneira cruzando as fronteiras do País, portando moeda/divisas incompatíveis com suas rendas declaradas: será tributado pelo acréscimo patrimonial correspondente às moeda/divisas encontradas em seu poder, independente do que possa a vir a ocorrer, no âmbito aduaneiro, quanto às moeda/divisas apreendidas.

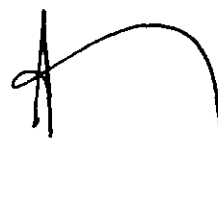


PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

24. Se o contribuinte, surpreendido com depósitos/saldos bancários ao seu dispor, os quais não se digna justificar, não puder ser, por isso e desde logo, acionado, havendo, ainda, o Fisco que provar que teria consumido tais disponibilidades, estaríamos diante de um tratamento desigual e privilegiado, em relação àqueles outros contribuintes a que me referi. De ressaltar que, neste caso, a ação fiscal evidenciou uma série de aquisições por parte do contribuinte (veículo, apartamento).
25. Ademais, estar-se-ia, a médio prazo, estabelecendo-se, no País, um *paraíso fiscal*. Com efeito, bastaria a quem quisesse, impunemente e sem pagar qualquer imposto, gozar das benesses de tais rendas, sujeitar-se a deixá-las no banco pelo período decadencial de 5 anos - inclusive, acumulando interesses - para, aí sim, gastá-las sem qualquer perigo do Fisco o incomodar.
26. A Lei nº 8.021/90 veio, justamente, por cobro a situações que, antes dela, vicejavam à sombra de dispositivo legal estatuído adredemente, o tão conhecido Decreto - lei nº 2.471/88, o qual proibia a ação fiscal embasada no exame de extratos bancários.
27. Com o advento da nova lei, aquela ficou sem vigor, nos exatos termos do Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe:

“Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

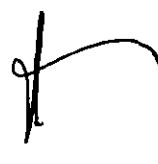
§ 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”



PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

28. A partir, portanto, da publicação da Lei nº 8.021/90, estava o Fisco autorizado a lançar mão de mais esta ferramenta - os extratos bancários - para o bom desempenho de suas funções.
29. E como ferramenta que é, como modalidade nova de trabalho, como procedimento novo, tinha aplicação imediata *em todos os casos que ainda pudessem ser examinados ou auditados pelo fisco*. Ou seja, em todos os casos que ainda não tivessem sido atingidos pela decadência, podendo, portanto, reportar-se a exercícios anteriores, desde que ainda não decadente o direito da Fazenda Pública de examiná-los.
30. Com muito mais razão, têm as normas em questão aplicabilidade sobre fatos do próprio ano da edição da Lei nº 8.021/90, não cabendo pretensas restrições que alguns insistem em ver, aventando que a lei que estabelece procedimento mais gravoso para o contribuinte só pode vigor a partir do ano seguinte, conforme princípio constitucional.
31. Concordo plenamente com o princípio da anterioridade da lei tributária, previsto na Constituição. Só que - entendo - não é o caso de se aplicá-lo em situações como as tratadas nestes Autos. Com efeito, além do aspecto essencialmente adjetivo, procedimental que a lei nova trouxe, ela não instituiu qualquer procedimento mais gravoso para o contribuinte. Antes da existência da Lei nº 8.021/90 já era ilícito tributário o aumento patrimonial a descoberto. A nova lei - repito - só veio dar ao Fisco instrumental para investigar situações que, antes, já se configuravam como ilícitos tributários.
32. Ainda, relativamente à interpretação do “caput” e da sequência de parágrafos do art. 6º da Lei nº 8.021/90, vale ressaltar que *duas* são as formas de arbitramento autorizadas:

a) com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza (“caput” do artigo);



PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

b) com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações (§5º).

33. Assim, pode o Fisco optar por uma ou por outra das alternativas autorizadas. Obviamente, sempre caberá ao contribuinte a possibilidade de apresentar outro cálculo - o qual, se, também, correto e favorável a ele, contribuinte, deve ser aceito. Preocupação que nunca demonstrou, tendo-se negado a discutir qualquer matéria de fato.

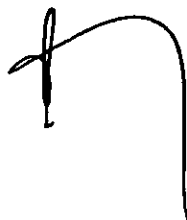
34. Entendo, portanto, irretocável o lançamento, quanto a este aspecto.

35. No tocante ao lançamento, como um todo, entendo deva ser reformada em parte a r. decisão recorrida para:

a) relativamente ao Ano-base de 1989 $\Rightarrow$ excluir da base de cálculo, no período de apuração Março/89, o valor de 988,51 (padrão monetário da época - pme), correspondente à sobra de fev/89 ($2.000,00 - 1.011,49 = 988,51$);

b) relativamente ao Ano-base de 1990 $\Rightarrow$ excluir da base de cálculo, no período de apuração Setembro/90, o valor de 274.976,12 (padrão monetário da época - pme), correspondente à sobra de ago/90 ($400.000,00 - 125.023,88 = 274.976,12$);

c) que seja excluída a exigência de juros calculados com base na variação da TRD, relativamente a período anterior a 01 de agosto de 1991 - período em que a taxa aplicável era de 1% ao mês ou fração.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

56

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

Por todo o exposto e por tudo mais que do processo consta, conheço do recurso, por tempestivo e apresentado na forma da Lei, e, no mérito, dou-lhe provimento parcial, nos termos do item precedente.

Sala das Sessões - DF, em 15 de outubro de 1996



MÁRIO ALBERTINO NUNES

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

57

PROCESSO Nº. : 10510/002.546/94-16
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.339

INTIMAÇÃO

Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 40, do Regimento Interno, com a redação dada pelo artigo 3º da Portaria Ministerial nº. 260, de 24/10/95 (D.O.U. de 30/10/95).

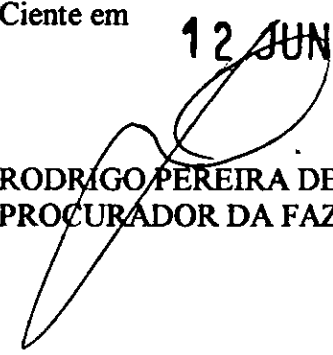
Brasília - DF, em

12 JUN 1997


DIMAS RODRIGUES DE OLIVEIRA
PRESIDENTE

Ciente em

12 JUN 1997


RODRIGO PEREIRA DE MELLO
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL