



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10805.000318/2003-30
Recurso nº 160.794 Voluntário
Acórdão nº 2102-00.308 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de agosto de 2009
Matéria IRPF
Recorrente SÉRGIO MONTEIRO SALLES
Recorrida 1ª TURMA DA DRJ-FORTALEZA (CE)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 1998

GARANTIA CONSTITUCIONAL AO SIGILO BANCÁRIO - INEXISTÊNCIA - PROTEÇÃO A COMUNICAÇÃO DE DADOS E NÃO AOS DADOS EM SI MESMO - PRECEDENTES DO PRETÓRIO EXCELSO FAVORÁVEL À TRANSFERÊNCIA DO SIGILO BANCÁRIO PARA O FISCO - VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE - MANUTENÇÃO DO SIGILO PELO FISCO - IMPOSSIBILIDADE DO JULGAMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 NA VIA ADMINISTRATIVA - Os precedentes do Supremo Tribunal Federal são favoráveis à constitucionalidade da transferência do sigilo bancário dos contribuintes para o fisco, pois o art. 5º, XII, da Constituição Federal protege a comunicação de dados e não os dados em si mesmo. Há, inclusive, precedente da Corte Constitucional que indica que o sigilo bancário sequer se amolda ao inciso constitucional antes citado. Ainda, no tocante ao princípio do art. 5º, X, da Constituição Federal, deve-se lembrar que a Administração Fiscal fica obrigada a manter o sigilo bancário do contribuinte, nos limites do processo administrativo fiscal, não havendo falar em vulneração da intimidade, já que não há divulgação para terceiros das informações bancárias do fiscalizado. Ademais, no âmbito do processo administrativo, encontra-se a autoridade julgadora impedida de apreciar o vetor constitucional de tratado, acordo internacional, lei ou decreto, nos estritos limites do art. 62 de Regimento Interno do Conselho Administrativo Recursos Fiscais, que veda expressamente a declaração de inconstitucionalidade de leis, tratados, acordos internacionais ou decreto, norma regimental que tem sede no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, isso aliado à **Súmula 1ºCC nº 2**: “*O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*”.

APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 10.174/2001 - LEGISLAÇÃO QUE AUMENTA OS PODERES DE INVESTIGAÇÃO DA

AUTORIDADE ADMINISTRATIVA FISCAL - PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA VERSUS PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO -- PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO QUE AMPLIA O PODER PERSECUTÓRIO DO ESTADO - Hígida a ação fiscal que tomou como elemento indiciário de infração tributária a informação da CPMF, mesmo para período anterior a 2001, já que à luz do art. 144, § 1º, do CTN, pode-se utilizar a legislação superveniente à ocorrência do fato gerador, quando esta amplia os poderes de investigação da autoridade administrativa fiscal. Não se pode invocar o princípio da segurança jurídica como um meio para se proteger da descoberta do cometimento de infrações tributárias.

IMPOSTO DE RENDA - TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVAMENTE COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - REGIME DA LEI Nº 9.430/96 - POSSIBILIDADE - A partir da vigência do art. 42 da Lei nº 9.430/96, o fisco não mais ficou obrigado a comprovar o consumo da renda representado pelos depósitos bancários de origem não comprovada, a transparecer sinais exteriores de riqueza (acréscimo patrimonial ou dispêndio), incompatíveis com os rendimentos declarados, como ocorria sob égide do revogado parágrafo 5º do art. 6º da Lei nº 8.021/90. Agora, o contribuinte tem que comprovar a origem dos depósitos bancários, sob pena de se presumir que estes são rendimentos omitidos, sujeitos à aplicação da tabela progressiva.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - RENDIMENTOS CONFESSADOS NAS DECLARAÇÕES DE AJUSTE ANUAL - TRÂNSITO PELAS CONTAS DE DEPÓSITOS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO LANÇADO - POSSIBILIDADE - Comprovado o liame entre os rendimentos declarados e os depósitos bancários, deve-se fazer a competente exclusão da base de cálculo do imposto lançado.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas, vencida a Conselheira Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti que acolhia a preliminar de irretroatividade da Lei nº 10.174/2001, e, no mérito, por unanimidade, DAR provimento parcial ao recurso, para excluir da base de cálculo da infração o montante de R\$ 19.950,00, nos termos do voto do Relator. Julgou-se impedida a Conselheira Núbia Matos Moura.

GIOVANNI CHRISTIAN NUNES CAMPOS - Relator e Presidente

Editado: 25 SET 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Núbia Matos Moura, Vanessa Pereira Rodrigues Domene, Rubens Maurício Carvalho e Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti.

Relatório

Em face do contribuinte Sergio Monteiro Salles, CPF/MF nº 039.402.418-49, já qualificado neste processo, foi lavrado, em 28/02/2003, auto de infração (fls. 107 a 112), com ciência pessoal em 24/02/2003 (fl. 109). Abaixo, discrimina-se o crédito tributário constituído pelo auto de infração antes informado, que sofre a incidência de juros de mora a partir do mês seguinte ao do vencimento do crédito:

IMPOSTO	R\$ 151.152,18
MULTA DE OFÍCIO	R\$ 113.364,13

Ao contribuinte foi imputada uma omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, no ano-calendário 1998, conduta essa apenada com multa de ofício de 75%.

Intimado e reintimado a comprovar a origem dos depósitos bancários que transitaram em suas contas correntes, somente logrou afirmar que a movimentação bancária na conta do banco Itaú era oriunda da atividade comercial da empresa Laje Salema Indústria e Comércio Ltda., sem juntar qualquer prova do alegado.

Assim, a autoridade fiscalizadora encerrou a ação fiscal, imputando-lhe uma omissão de rendimentos no montante de R\$ 550.394,31, com fulcro no art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Inconformado com a autuação, o contribuinte apresentou impugnação ao lançamento, dirigida à Delegacia da Receita Federal de Julgamento. No mérito, alegou que, na condição de sócio-gerente da empresa Laje Salema Indústria e Comércio Ltda., utilizou sua conta bancária para efetuar a movimentação comercial dessa empresa, porém oferecera à tributação o faturamento da empresa (R\$ 430.576,62), utilizando a sistemática de pagamento do Simples federal. Para comprovar o alegado, trouxe a documentação dos anexos I a IV, vinculando os depósitos bancários de origem não comprovada às notas fiscais de vendas dessa empresa (fls. 127 a 152 c/c os anexos II a IV), bem como acostou ainda um conjunto de dispêndios pagos em nome da empresa pelo contribuinte.

A 2ª Turma de Julgamento da DRJ-Fortaleza- CE (julgadores Francisco Ivaldo Rodrigues Moraes, relator, Liduina Maria Alves Macambira, Núbia Matos Moura e Cláudia Márcia Brasileira de Sant'Anna Caetano), por unanimidade de votos, considerou procedente em parte o lançamento, em decisão de fls. 162 a 188. A decisão foi consubstanciada no Acórdão nº 08-10.692, de 07 de maio de 2007.

Apreciando a documentação juntada na impugnação, que objetivava comprovar o vínculo entre as contas correntes auditadas e a movimentação comercial da



empresa Laje Salema Indústria e Comércio Ltda., asseverou o relator da Turma de Julgamento da DRJ (fls. 186 e 187):

- 1) o contribuinte e seu cônjuge são proprietários de quotas de capital da empresa Laje Salema Indústria e Comércio Ltda;*
- 2) a referida empresa, no ano-calendário de 1998, apresentou Declaração Anual Simplificada – IRPJ – SIMPLES, informando receita bruta anual no valor total de R\$ 430.576,62, tendo feito os devidos recolhimento do SIMPLES;*
- 3) o demonstrativo da receita bruta diária, transcrito na impugnação, fls.127/152, mostra a correlação entre o valor do depósito no dia (conta corrente do Banco Itaú S/A) e o valor da total da receita bruta no dia, apurada com base nas NOTAS FISCAIS emitidas. A diferença positiva, quando significativa, entre o valor do depósito e a receita bruta diária, apurada com base nas NOTAS FISCAIS é justificada, pelo contribuinte, como sendo pagamento de DEPÓSITO/MOVIMENTAÇÃO DO SÓCIO-REF.DISTRIBUIÇÃO DE LUCRO-EPP;*
- 4) o demonstrativo dos pagamentos relativos às obrigações da referida empresa, transcrito na impugnação, fls. 153/154, mostra a correção entre o pagamento e o débito na conta corrente (Banco Itaú S/A e Banco do Brasil).*

Do exame dos demonstrativos e da documentação relativa à empresa Laje Salema Indústria e Comércio Ltda, depreende-se que os recursos financeiros decorrentes das vendas da empresa eram movimentados nas contas correntes do Banco Itaú S/A e do Banco do Brasil S/A, mantidas em nome do contribuinte e que foram objeto do Auto de Infração. Há de se ressaltar a existência de grande movimentação de depósitos em cheques e de cheques devolvidos, o que denota que os depósitos, nessas contas, sejam provenientes da atividade da pessoa jurídica.

Essa conclusão é corroborada pelo demonstrativo dos pagamentos. Verificam-se, facilmente, pela documentação carreada aos autos, documentos do anexo I, débitos referentes a pagamentos de obrigações da referida empresa. Tais como: pagamentos de contas de telefone, pagamentos contas de energia elétrica e pagamentos de boletos de fornecedores de mercadorias.

Embora os demonstrativos tenham sido elaborados por amostragem de dados e não haja uma correlação exata entre o valor do depósito e o valor total diário da receita bruta, há de se acatar a impugnação do contribuinte, considerando-se como de origem comprovada o montante anual equivalente à receita bruta da empresa Laje Salema Indústria e Comércio Ltda, no valor total de R\$ 430.576,62, conforme a Declaração Anual Simplificada – IRPJ – SIMPLES, cópia do recibo anexado às fls. 02 do Anexo I.

Assim, há de excluir do rol dos depósitos de origem não comprovada o valor de R\$ 430.576,62.



Com as considerações acima, a decisão recorrida excluiu o montante de R\$ 430.576,62 da base de cálculo da infração, em decorrência de ter sido comprovado que tais valores pertenciam à empresa Laje Salema Indústria e Comércio Ltda. (e tinham sido adequadamente tributados), bem como também excluiu o montante de R\$ 9.500,00 oriundo de transferências da conta de poupança do cônjuge do fiscalizado para as contas auditadas.

O contribuinte foi intimado da decisão *a quo* em 08/06/2007 (fl. 193). Irresignado, interpôs recurso voluntário em 06/07/2007 (fl. 194).

No voluntário, o recorrente alega, em síntese, que:

- I. o sigilo bancário do contribuinte encontra-se protegido pelo art. 5º, X e XII, da Constituição Federal de 1988, que somente pode ser excepcionado através de determinação judicial;
- II. os poderes trazidos à fiscalização pela Lei nº 10.174/2001, franqueando o acesso à informação da CPMF dos contribuintes, não poderia alcançar fatos geradores anteriores ao dia 11/01/2001, como ocorreu na presente fiscalização, havendo, dessa forma, violação ao princípio da irretroatividade das leis. Aqui, deve-se observar que na época dos fatos geradores vigia o art. 38 da Lei nº 4.595/64, que garantia o sigilo das operações bancárias, que somente foi revogado a partir de 11/01/2001;
- III. como comprovado com a documentação juntada na impugnação, caso houvesse alguma omissão de receita, essa deveria ter sido imputada à pessoa jurídica Lajes Salema. Nessa linha, restou comprovado que toda a movimentação bancária do fiscalizado era oriunda das transações comerciais dessa empresa, sendo certo que o contribuinte somente apresentou a documentação comprobatória do alegado na impugnação por motivos alheios a sua vontade;
- IV. pugna para que sejam abatidos do montante da infração os valores de R\$ 135.000,00 e R\$ 19.950,00, aquele decorrente de rendimentos isentos e não tributáveis percebidos da pessoa jurídica Lajes Salema, e este relativo aos rendimentos tributáveis submetidos à tributação pelo fiscalizado em sua declaração de ajuste anual.

Este recurso voluntário compôs o lote nº 04, sorteado para este relator na sessão pública da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes de 16/12/2008.

Voto

Conselheiro Giovanni Christian Nunes Campos, Relator



Primeiramente, declara-se a tempestividade do apelo, já que o contribuinte foi intimado da decisão recorrida em 08/06/2007 (fl. 193), sexta-feira, e interpôs o recurso voluntário em 06/07/2007 (fl. 194), dentro do trintídio legal, este que teve seu termo final em 10/07/2007, terça-feira. Dessa forma, atendidos os demais requisitos legais, passa-se a apreciar o apelo, como discriminado no relatório.

Passa-se à defesa do item I (o sigilo bancário do contribuinte encontra-se protegido pelo art. 5º, X e XII, da Constituição Federal de 1988, que somente pode ser excepcionado através de determinação judicial).

Carece de plausibilidade a tese de que a transferência do sigilo bancário do recorrente para o fisco afronta direitos individuais, estando garantido na Constituição Federal, somente podendo ser excepcionado por decisão judicial. Não se pode esquecer que o sigilo permanece preservado, já que a autoridade administrativa tributária somente utiliza as informações em seu mister constitucional. É difícil compreender como o sigilo bancário pode se inserir no art. 5º, X ou XII, da CF88, mormente porque a ação da autoridade fiscal, no caso em debate, busca combater ilícitos fiscais, e, como é cediço, as garantias individuais não podem ser utilizadas como manto para acobertar condutas ilícitas.

Ademais, muito mais substancial, em termos de informações do cidadão, são os dados protegidos pelo sigilo fiscal. Nas informações prestadas na declaração de ajuste anual da pessoa física, além de todas as fontes de rendimentos, há todo o rol de bens do contribuinte, saldos em fins de período de todas as aplicações financeiras, terceiros beneficiários de seus pagamentos, dependentes. No extrato bancário, por seu turno, há apenas um maçante rol de débitos e créditos. E, como é de todos conhecido, o fisco obtém e analisa a enorme gama de informações protegidas pelo sigilo fiscal, e ninguém, nunca, lembrou-se de aventar que o acesso aos dados protegidos pelo sigilo fiscal pudesse violar qualquer direito ou garantia individual.

Em todo caso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem dando indícios de que nada há de excepcional na transferência do sigilo bancário para o fisco. Nesta linha, vejamos alguns posicionamentos do Pretório Excelso:

"Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação 'de dados' e não os 'dados', o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse." (MS 21.729, voto do Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 5-10-95, DJ de 19-10-01).

"A quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5º, X e XII da Constituição Federal (Precedente: PET.577)." (Inq 897-AgR, Rel. Min. Francisco Rezek, julgamento em 23-11-94, DJ de 24-3-95)

"Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei n.

4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC n. 75/1993. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público — art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n. 75/1993. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei n. 8.427/1992. Mandado de segurança indeferido." (MS 21.729, Rel. p/ o ac Min. Néri da Silveira, julgamento em 5-10-95, DJ de 19-10-01)

Ainda, e por último, caso fosse acatada a tese do recorrente, ter-se-ia que declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que permitem a transferência compulsória do sigilo bancário do sujeito passivo para a autoridade administrativa, a despeito de qualquer autorização judicial. Ocorre que o julgador administrativo não detém esse poder. Nessa linha, veja-se o art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2007 (DOU de 23 de junho de 2009), *verbis*:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou



c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

O entendimento acima, que já existia no antigo Regimento Interno dos Conselhos de Contribuinte, foi objeto da **Súmula 1ºCC nº 2**: “O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”, e, com espeque no art. 72, *caput* e §4º, do Regimento Interno do CARF¹, deve-se ressaltar que o enunciado sumular é de aplicação obrigatória nos julgamentos de 2º grau.

Com as considerações acima, rejeita-se a defesa aqui deduzida pelo recorrente.

Agora, passa-se à defesa do **item II** (os poderes trazidos à fiscalização pela Lei nº 10.174/2001, franqueando o acesso à informação da CPMF dos contribuintes, não poderia alcançar fatos geradores anteriores ao dia 11/01/2001, como ocorreu na presente fiscalização, havendo, dessa forma, violação ao princípio da irretroatividade das leis. Aqui, deve-se observar que na época dos fatos geradores vigia o art. 38 da Lei nº 4.595/64, que garantia o sigilo das operações bancárias, que somente foi revogado a partir de 11/01/2001).

Argumenta o recorrente que a Receita Federal deveria resguardar o sigilo das informações prestadas pelas instituições financeiras, no tocante a CPMF, sendo vedada sua utilização para constituição de crédito tributário relativo a outros tributos, na forma do art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96. Ainda que a alteração desse parágrafo pela Lei nº 10.174/2001, não poderia atingir fatos geradores anteriores a 2001.

Essa questão foi acaloradamente debatida no âmbito dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Ao final, consolidou-se o entendimento de que a Lei nº 10.174/2001, no ponto em discussão, quando permitiu a utilização dos dados da CPMF para períodos pretéritos a sua vigência, tem fundamento de validade no art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional, que manda aplicar ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

Nessa linha, veja-se a ementa do Acórdão nº CSRF/04-00.135, sessão de 13 de dezembro de 2005, relator o conselheiro Romeu Bueno de Camargo:

LEGISLAÇÃO QUE AMPLIA OS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE - A Lei nº 10.174, de 2001, que deu nova redação ao § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, permitindo o cruzamento de informações relativas à CPMF para a constituição de crédito tributário pertinente a outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, é norma procedimental e por essa razão não se submetem ao princípio da irretroatividade das leis, ou seja, incidem de imediato, ainda que relativas a fato gerador ocorrido antes de sua entrada em vigor.

Recurso especial provido.

¹ Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

§ 1º a § 3º Omissis;

§ 4º As súmulas aprovadas pelos Primeiro, Segundo e Terceiro Conselhos de Contribuintes são de adoção obrigatória pelos membros do CARF.

Ainda, como exemplo dessa orientação jurisprudencial, no âmbito desta Sexta Câmara, vejam-se os Acórdãos nºs 106-16.083, sessão de 25 de janeiro de 2007, relatora a Conselheira Sueli Efigênia Mendes de Britto; 106-16.142, sessão de 28 de fevereiro de 2007, relator o Conselheiro José Ribamar Barros Penha.

No poder judiciário, a higidez da alteração trazida pela Lei nº 10.174/2001, permitindo a utilização dos dados da CPMF para lançar tributos em períodos anteriores a 2001, foi ratificada em múltiplos arestos do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Por todos, veja-se a ementa do REsp 792.812, julgado em 13/03/2007, publicado no DJ de 02/04/2007, relator o Ministro Luiz Fux:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. AUTUAÇÃO COM BASE APENAS EM DEMONSTRATIVOS DE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LC 105/01. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 182/TFR.

1. A LC 105/01 expressamente prevê que o repasse de informações relativas à CPMF pelas instituições financeiras à Delegacia da Receita Federal, na forma do art. 11 e parágrafos da Lei 9.311/96, não constitui quebra de sigilo bancário.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está assentada no sentido de que: "a exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência" e que "inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal" (REsp 685.708/ES, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 20/06/2005).

3. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º, do CTN, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, pelo que a LC nº 105/2001, art. 6º, por envergar essa natureza, atinge fatos pretéritos. Assim, por força dessa disposição, é possível que a administração, sem autorização judicial, quebre o sigilo bancário de contribuinte durante período anterior a sua vigência.

4. Tese inversa levaria a criar situações em que a administração tributária, mesmo tendo ciência de possível sonegação fiscal, ficaria impedida de apurá-la.

5. Deveras, resoa inadmissível que o ordenamento jurídico crie proteção de tal nível a quem, possivelmente, cometeu infração.

6. Isto porque o sigilo bancário não tem conteúdo absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade pública e privada,

este sim, com força de natureza absoluta. Ele deve ceder todas as vezes que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. O sigilo bancário é garantido pela Constituição Federal como direito fundamental para guardar a intimidade das pessoas desde que não sirva para encobrir ilícitos.

7. Outrossim, é cediço que "É possível a aplicação imediata do art. 6º da LC nº 105/2001, porquanto trata de disposição meramente procedimental, sendo certo que, a teor do que dispõe o art. 144, § 1º, do CTN, revela-se possível o cruzamento dos dados obtidos com a arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos em face do que dispõe o art. 1º da Lei nº 10.174/2001, que alterou a redação original do art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96" (AgRgREsp 700.789/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 19.12.2005).

8. Precedentes: REsp 701.996/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 06/03/06; REsp 691.601/SC, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 21/11/2005; AgRgREsp 558.633/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 07/11/05; REsp 628.527/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 03/10/05.

9. Consectariamente, consoante assentado no Parecer do Ministério Público (fls. 272/274): "uma vez verificada a incompatibilidade entre os rendimentos informados na declaração de ajuste anual do ano calendário de 1992 (fls. 67/73) e os valores dos depósitos bancários em questão (fls. 15/30), por inferência lógica se cria uma presunção relativa de omissão de rendimentos, a qual pode ser afastada pela interessada mediante prova em contrário."

10. A súmula 182 do extinto TFR, diante do novel quadro legislativo, tornou-se inoperante, sendo certo que, in casu: "houve processo administrativo, no qual a Autora apresentou a sua defesa, a impugnar o lançamento do IR lastreado na sua movimentação bancária, em valores aproximados a 1 milhão e meio de dólares (fls. 43/4). Segundo informe do relatório fiscal (fls. 40), a Autora recebeu numerário do Exterior, em conta CC5, em cheques nominativos e administrativos, supostamente oriundos de "um amigo estrangeiro residente no Líbano" (fls. 40). Na justificativa do Fisco (fls. 51), que manteve o lançamento, a tributação teve a sua causa eficiente assim descrita, verbis: "Inicialmente, deve-se chamar a atenção para o fato de que os depósitos bancários em questão estão perfeitamente identificados, conforme cópias dos cheques de fls. 15/30, não havendo qualquer controvérsia a respeito da autenticidade dos mesmos. Além disso, deve-se observar que o objeto da tributação não são os depósitos bancários em si, mas a omissão de rendimentos representada e exteriorizada por eles."

3. Recurso especial provido.

Ainda, buscou o contribuinte se acobertar no manto da segurança jurídica, invocando os princípios da irretroatividade das leis e o do *tempus regit actum*, o que afastaria a utilização retrospectiva dos dados da CPMF. Tais princípios devem ser sopesados em face da necessidade do combate aos ilícitos fiscais, obrigação do estado e direito do cidadão cumpridor

de suas obrigações, o que é, em última análise, uma vertente do princípio da supremacia do interesse público.

Não pode uma norma procedimental, que vede a ação do fisco, anistiar infrações cometidas no curso de sua vigência, garantindo ao infrator um direito adquirido. Ora, o direito a ser adquirido é aquele lícito, em conformidade com o ordenamento jurídico. Ninguém tem direito a invocar uma legislação que o proteja, de forma peremptória, do descortinamento de ilícitos que foram desnudados por legislação superveniente, que, no caso vertente, aumentou os poderes da fiscalização tributária federal. Assim, o princípio da segurança jurídica deve ser afastado em prol do interesse público e da necessidade da descoberta das infrações tributárias.

Por tudo, escoreita a utilização das informações da CPMF como elemento indiciário à constituição do crédito tributário, como no caso vertente, não havendo qualquer pecha de inconstitucionalidade na utilização retroativa dos poderes trazidos pela Lei nº 10.174/2001 à fiscalização tributária.

Agora, passa-se à defesa do item III (como comprovado com a documentação juntada na impugnação, caso houvesse alguma omissão de receita, essa deveria ter sido imputada à pessoa jurídica Lajes Salema. Nessa linha, restou comprovado que toda a movimentação bancária do fiscalizado era oriunda das transações comerciais dessa empresa, sendo certo que o contribuinte somente apresentou a documentação comprobatória do alegado na impugnação por motivos alheios a sua vontade).

Aqui, passa-se a discutir o que significa comprovar a origem dos recursos utilizados nas operações de crédito bancário, condição necessária para elidir a presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430/96.

A fiscalização federal normalmente interpreta o vocábulo “origem” de maneira ampla, entendendo que a origem abarca a necessidade de se comprovar também a causa ou motivação da operação. Assim, não bastaria comprovar a mera origem dos depósitos bancários, com informação de quem seria o depositante e a motivação abstrata do depósito, esta no terreno da mera alegação, mas seria preciso comprovar documentalmente tanto quem fez o depósito bancário, como a motivação da operação, para então ser afastada a presunção legal.

No âmbito da jurisprudência administrativa, especificamente tratando-se da tributação da pessoa física, a então Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes vinha delimitando a interpretação do vocábulo “origem”, entendendo que, na fase do procedimento fiscal anterior à autuação, antes de instaurado o contencioso administrativo pela impugnação, bastaria ao contribuinte comprovar a simples origem dos depósitos bancários, sem necessidade de comprovação da causa ou motivação da operação. Entretanto, e aqui já se diga, não bastava simplesmente asseverar que os depósitos provêm de uma pessoa jurídica ligada ao fiscalizado, como ocorreu no caso vertente, sem qualquer prova documental do alegado, para elidir a presunção legal. No caso de uma pessoa jurídica ligada ao fiscalizado, necessariamente este deveria trazer prova documental da origem dos depósitos, não bastando a mera alegação de que os depósitos seriam de pessoa jurídica a si ligada.

Como desdobramento do entendimento acima, a Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes vinha exigindo que, caso o contribuinte fizesse a prova da origem após a fase da autuação, ou seja, na impugnação ou no recurso voluntário, a presunção do art.

42 da Lei nº 9.430/96 somente seria elidida se o contribuinte comprovasse que os valores não deveriam ser ordinariamente tributados, pois, na fase recursal, a autoridade autuante não poderia efetuar a reclassificação dos rendimentos, como determinado pelo art. 42, § 2º, da Lei nº 9.430/96. Transposta a fase da autuação, sem a comprovação da origem dos depósitos bancários, o contribuinte deveria sofrer o ônus da presunção legal, a qual somente poderia ser afastada se este comprovasse, iniludivelmente, que os depósitos bancários tinham origem em eventos fora do campo da tributação do imposto de renda ou que já tinham sido ordinariamente tributados.

Na linha acima, absolutamente inviável acatar a simples comprovação da origem dos depósitos na fase recursal, sem perquirir a tributação pregressa dos rendimentos omitidos, sob pena de se destruir a própria presunção legal, pois, agindo dessa forma, nenhum contribuinte comprovaria a origem dos depósitos na fase da autuação, já que poderia sofrer a reclassificação prevista no art. 42, § 2º, da Lei nº 9.430/96. Os contribuintes fiscalizados aguardariam o encerramento da ação fiscal, provavelmente nada aventariam na impugnação, e, somente no recurso voluntário, comprovariam a origem dos depósitos bancários. Ainda que os depósitos representassem rendimentos a serem tributados, na pessoa física ou mesmo em pessoa jurídica associada àquela, ambas escapariam do rigor da presunção legal da omissão de rendimentos, bem como dos efeitos reclassificação dos rendimentos, já que, certamente, a decadência já teria fulminado a pretensão do fisco de proceder na forma do art. 42, § 2º, da Lei nº 9.430/96. Como exemplo desse entendimento, veja-se o Acórdão nº 106-17.093 (Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes), sessão de 08/10/2008, relatora a Conselheira Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti, redator do voto vencedor o Conselheiro Giovanni Christian Nunes Campos, que restou assim ementado (excerto):

COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS TRAZIDA NA FASE DA IMPUGNAÇÃO OU RECURSO VOLUNTÁRIO – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CAUSA OU NATUREZA DOS DEPÓSITOS E DA EVENTUAL TRIBUTAÇÃO DESSES VALORES - INEXISTÊNCIA – HIGIDEZ DA OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA PELOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Caso o contribuinte faça a prova da origem dos depósitos após a fase da autuação, ou seja, na impugnação ou no recurso voluntário, a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96 somente será afastada se o contribuinte comprovar que os depósitos não deveriam ser ordinariamente tributados, pois, na fase recursal, a autoridade autuante não poderá efetuar a reclassificação dos rendimentos, como determinado pelo art. 42, § 2º, da Lei nº 9.430/96. Transposta a fase da autuação, sem comprovação da origem dos depósitos bancários, o contribuinte deve sofrer o ônus da presunção legal, a qual somente poderá ser afastada se o contribuinte comprovar, iniludivelmente, que os depósitos bancários têm origem em eventos fora do campo da tributação do imposto de renda. (grifou-se)

Quer parecer que a jurisprudência acima esposada pela então Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes é bastante razoável, já que mitiga o ônus probatório em desfavor do fiscalizado pessoa física, aqui lembrando que tal contribuinte, muitas vezes, tem dificuldade em fazer a prova da motivação ou causa da operação, quer porque não é obrigado a manter uma escrituração contábil organizada, quer porque tal prova, quando exigida de depósitos feitos por pessoas jurídicas, estas obrigadas a manter a documentação de suporte de seus registros contábeis, pode facilmente ser alcançada no âmbito destas pela fiscalização, e o mesmo não se pode dizer do fiscalizado, que muitas vezes não tem qualquer condição de acesso a tais pessoas jurídicas. Nessa linha, não se deve esquecer que a autoridade fiscalizadora

detém poderes investigatórios plasmados em lei, tendo, como regra, o ônus de perscrutar a gênese dos fatos geradores, ressaltando que muitas vezes os depositantes pessoas jurídicas se negam a fornecer à pessoa física a documentação da motivação da operação, com receio de também sofrer uma auditoria no bojo daquela enfrentada pelo fiscalizado pessoa física.

Por tudo, percebe-se que a autoridade julgadora de 1ª instância agiu em linha com as notas acima lançadas. Considerando que o contribuinte apresentou a documentação comprobatória da origem de parte dos depósitos bancários e estes já tinham sido oferecidos à tributação pela pessoa jurídica, simplesmente excluiu em bloco o montante do faturamento da empresa que transitou nas contas bancárias do fiscalizado. Efetivamente, no ponto, o procedimento da autoridade julgadora *a quo* é incensurável. Ainda, agiu de forma acertada quando somente excluiu os rendimentos tributados na pessoa jurídica do monte da infração, já que não se pode imputar o montante dos depósitos que excederam o faturamento da empresa à atividade comercial desta, podendo, eventualmente, tais rendimentos ter origem diversa.

Agora, passa-se à defesa do item IV (pugna para que sejam abatidos do montante da infração os valores de R\$ 135.000,00 e R\$ 19.950,00, aquele decorrente de rendimentos isentos e não tributáveis percebidos da pessoa jurídica Lajes Salema, e este relativo aos rendimentos tributáveis submetidos à tributação pelo fiscalizado em sua declaração de ajuste anual).

Inicialmente, passa-se a apreciar a controvérsia sobre o valor de R\$ 135.000,00, que o contribuinte pretende ver excluído do monte da infração.

A decisão recorrida rechaçou a pretensão do contribuinte com a seguinte argumentação (fl. 188), *verbis*:

Na impugnação, o contribuinte quer justificar depósito bancário no montante equivalente à distribuição de lucro, no valor total anual de R\$ 135.000,00, conforme apurado na Declaração Anual Simplificada – IRPJ - SIMPLES. Para esse fim, o contribuinte quer justificar a diferença positiva entre o valor do depósito bancário e o valor total diário da receita bruta, apurada conforme as NOTAS FISCAIS emitidas no dia, como correspondente a pagamento por distribuição de lucro de empresa de pequeno porte, creditado na conta corrente.

Nessa situação, não há como se aceitar que a diferença positiva corresponda à distribuição de lucro da empresa Laje Salema Indústria e Comércio Ltda. Entende-se, para os casos de empresa de pequeno porte, que o lucro distribuído é calculado em função da receita bruta da empresa. Para o presente caso, a receita bruta foi considerada para justificar depósito bancário na conta corrente de sócio, no montante anual de R\$ 430.576,62. Portanto, vê-se, claramente, que o lucro distribuído encontra-se embutido na receita bruta. Ademais, cabe ressaltar que, tratando-se de conta corrente em nome do sócio, o lucro distribuído poderia ser caracterizado pelos débitos na conta corrente que correspondessem a pagamento de despesas próprias do contribuinte, que pudessem ensejar distribuição de lucro.



Deve-se observar que o contribuinte não informou o recebimento de qualquer distribuição de lucros em sua declaração de ajuste anual do ano-calendário 1998 (fl. 12). Quer se amparar no Comprovante de Rendimentos respectivos (fl. 29 do anexo I), emitido em 03/07/2002, já quando aberto o presente procedimento fiscal, o que, por si só, demonstra a fraqueza dessa prova, produzida unilateralmente quando em curso esta ação fiscal.

Inegavelmente, não há qualquer distribuição de lucros. O contribuinte, simplesmente, quer justificar o excesso dos depósitos bancários em face das notas fiscais da empresa Lajes Salema como proveniente da distribuição de lucros. Ora, por tudo que há nos autos, o excesso dos depósitos bancários é proveniente de omissão de receitas da pessoa jurídica ou de origem não especificada, o que faz incidir, sem nenhum empeco, a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96, como já dito no item precedente. Causa espécie que o contribuinte já apartasse de plano uma parte das entradas da pessoa jurídica (em suas contas bancárias) como distribuição automática de lucro. Ainda, o montante do “resultado” distribuído (R\$ 135.000,00) representaria uma alta proporção do faturamento da empresa (R\$ 430.576,62 ou R\$ 550.394,31), da ordem de 30%, o que é absolutamente não usual no ramo comercial de material de construção do recorrente (apenas para se ter uma idéia, o fisco federal utiliza uma presunção de lucro para empresas comerciais de 8% sobre a receita bruta - art. 518 do Decreto nº 3.000/99), a demonstrar a pouca plausibilidade da tese aqui aventada, considerando a desproporção do “lucro” informado pelo recorrente.

Assim, neste ponto, sem razão o recorrente.

Por fim, o recorrente que excluir da base da infração o montante de R\$ 19.950,00, decorrente dos rendimentos tributáveis submetidos à tributação pelo fiscalizado em sua declaração de ajuste anual.

A fiscalização federal comumente tem exigido que o contribuinte comprove a origem dos depósitos bancários, com documentação hábil e idônea, com coincidência de data e valor. Assim, por exemplo, mesmo que os rendimentos confessados na declaração de ajuste anual tenham sido percebidos incontestavelmente, caso o contribuinte não logre vincular tais rendimentos aos depósitos bancários, mantém-se, *in totum*, a omissão de rendimentos representada pelos depósitos bancários, sequer excluindo os rendimentos declarados. Entretanto, tal procedimento não é uníssono no âmbito do fisco, pois, eventualmente, a própria autoridade autuante exclui o rendimento informado na declaração de ajuste anual do montante da omissão, ou tal procedimento é perpetrado pelas autoridades julgadoras de 1º grau do contencioso administrativo fiscal federal, como este relator tem observado seguidamente na experiência de apreciação de recursos voluntários no âmbito da então Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Na última vertente acima, no âmbito do Primeiro Conselho de Contribuintes, tem-se mitigado o rigor da análise individualizada dos créditos, permitindo, por exemplo, que os rendimentos informados nas declarações de ajuste anual da pessoa física, desde que não expressamente vinculados aos depósitos bancários de origem não comprovada, pois nesse caso seriam excluídos pela própria fiscalização, sejam excluídos em bloco. A questão é que não parece plausível defender que somente os rendimentos ofertados à tributação não tenham transitado pelas contas bancárias, o que implicaria dizer que somente os rendimentos omitidos transitam pelas contas bancárias. Ora, é razoável compreender que os rendimentos declarados e omitidos transitam, igualmente, pelas contas bancárias do fiscalizado, devendo, assim, os rendimentos declarados serem excluídos em bloco do montante da omissão, já que foram ofertados à tributação. Como exemplo desse entendimento, vejam-se os Acórdãos nºs: 102-48.761 (Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes), sessão de 17/10/2007, relatora a Conselheira Silvana Mancini Karam, unânime no ponto em discussão; 106-17.117

(Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes), sessão de 09/10/2008, relator o Conselheiro Giovanni Christian Nunes Campos, por maioria.

Com as considerações acima, pertinente o pleito do recorrente para excluir da base de cálculo da infração o montante dos rendimentos tributáveis confessados na declaração de ajuste anual do ano-calendário 1998, no valor de R\$ 19.950,00 (fl. 12).

Ante o exposto, voto no sentido de REJEITAR as preliminares e, no mérito, DAR parcial provimento ao recurso para excluir da base de cálculo da infração o montante de R\$ 19.950,00.

Giovanni Christian Nunes Campos

