



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



Processo n° 10830.003266/2003-46
Recurso n° 161.620 Voluntário
Acórdão n° 3402-00.067 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de maio de 2009
Matéria IRPF
Recorrente RODRIGO MARIOTONI
Recorrida 3ª. TURMA/DRJ-BELÉM/PA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1999

DEPÓSITO BANCÁRIO - DECADÊNCIA - Nos casos de lançamento por homologação, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário expira após cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. O fato gerador do IRPF, tratando-se de rendimentos sujeitos ao ajuste anual, se perfaz em 31 de dezembro de cada ano-calendário. Não ocorrendo a homologação expressa, o crédito tributário é atingido pela decadência após cinco anos da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º do CTN).

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO VIA ADMINISTRATIVA - ACESSO ÀS INFORMAÇÕES BANCÁRIAS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL - É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar n°. 105, de 2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial.

AUTO DE INFRAÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - MOVIMENTAÇÃO DE CONTA BANCÁRIA EM NOME PRÓPRIO - LANÇAMENTO NO TITULAR DA CONTA - Incabível a alegação de ilegitimidade passiva, quando restar comprovado nos autos o uso de conta bancária em nome próprio, para efetuar a movimentação de valores tributáveis, situação que torna lícito o lançamento sobre o próprio titular da conta.

APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 10.174 DE 2001 E LEI COMPLEMENTAR 105 DE 2001 - POSSIBILIDADE - ART - 144, § 1º - Pode ser aplicada, de forma retroativa, ao lançamento, a legislação que tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

S3-C4T2
FL 2

BC AT
2533 728,36
1559 584,81
BC 974 143,55
x 27,51
267.889,48
(-) 4.320,00
263.569,48
2



FORMALIZADO EM: 03 AGO 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa, Júlio Cezar da Fonseca Furtado (Suplente Convocado), Marcelo Magalhães Peixoto (Suplente Convocado), Amarylles Reinaldi e Henriques Resende (Suplente Convocada), Renato Coelho Borelli (Suplente Convocado) e Pedro Anan Júnior.

3



u) O fisco deveria intimar os terceiros indicados nos extratos da carteira de cobrança, já que por quase um ano teve tais dados à sua disposição.

DA RESERVA DE JURISDIÇÃO SOBRE O SIGILO BANCÁRIO

v) O acesso às informações bancárias do contribuinte estava condicionado à autorização do Poder Judiciário, entretanto, o agente fiscal achou por bem aproveitar-se das informações constantes das cópias dos extratos bancários para lavrar o injustificado auto de infração.

DA APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

w) É inquestionável que a irretroatividade das leis pátrias se insere no contexto das garantias individuais, na forma do artigo 5º, inciso XXVI, da Constituição.

x) Também não se justifique que o artigo 144, § 1º, do CTN poderia ser apontado como razão para aplicação retroativa da referida Lei Complementar.

y) A Lei Complementar nº 105/2001 não poderia afastar, de forma retroativa, um legítimo direito adquirido dos contribuintes.

DEPÓSITO BANCÁRIO NÃO PODE SER EQUIPARADO A RENDA TRIBUTADA

z) Mesmo diante da presunção do artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, é inquestionável que os depósitos bancários não podem ser, automaticamente, transformados em renda tributável. Tais depósitos, no máximo, constituem marco inicial de investigação, mas nunca seu ato final, vez que os valores depositados podem estar relacionados com operações de diversas naturezas, entre as quais se inclui o indevido exercício de uma atividade empresarial, em nome da pessoa física, como ocorreu no presente caso.

aa) Há uma ausência de correlação natural exigida na instituição da presunção legal.

Em relação à pessoa física, a presunção estribada nos depósitos bancários encontra os seguintes óbices: (i) não está calcada na experiência anterior; (ii) não é possível estabelecer uma correlação direta entre o montante dos depósitos e a omissão de rendimentos; (iii) o encargo probatório resulta totalmente transferido ao contribuinte, dele sendo exigido apresentação de provas mais rigorosas do que as exigidas de uma pessoa jurídica.

bb) Aduziu decisão administrativa.

cc) Na movimentação financeira, há influência do trânsito repetido do mesmo recurso financeiro.

**ERRO NA DETERMINAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR**

dd) É importante destacar o insanável erro cometido pelo digno autuante na definição do momento exato da ocorrência da ocorrência do fato gerador do crédito tributário, nos termos do artigo 42, §§ 1º e 4º, da Lei nº 9.430/1996.

ee) A despeito de embasar o lançamento exatamente no artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, trabalhou o digno autuante com o caput do artigo, desprezando seus parágrafos. Por isso é nulo o lançamento tributário que fincou um único fato gerador em 31/12 de cada período autuado, tendo por vencimento da obrigação a data prevista para a entrega da declaração de rendimentos.

ff) Nem se alegue que a tributação mensal dos valores apurados seria mais gravosa para o contribuinte, pois a rigidez e o formalismo do lançamento tributário não admitem o juízo de favorecimento por parte do aplicador.

gg) Se a lei prevê tributação mensal, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira, deve o lançamento espelhar o nascimento de 12 obrigações tributárias no ano-calendário.

DA DECADÊNCIA

hh) Se a lei manda considerar os depósitos não comprovados como rendimentos auferidos no mês do crédito efetuado pela instituição financeira, é imperativo que se reconheça que decaiu o direito do Fisco de constituir crédito tributário sobre depósitos bancários efetuados há mais de cinco anos, por força do artigo 150, § 4º, do CTN. Assim, os valores dos depósitos bancários de janeiro a abril de 1998 devem ser excluídos.

DEPÓSITO BANCÁRIO NÃO PODE SER EQUIPARADO A RENDA TRIBUTADA

ii) Em nenhuma hipótese o montante dos depósitos bancários corresponderá ao valor passível de tributação, já que os depósitos bancários não materializam disponibilidade econômica de rendimentos tributáveis.

Em 26 de abril de 2007, os membros da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Belém proferiram Acórdão que, por unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento, nos termos da Ementa a seguir transcrita.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1998

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS. São improficuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, pois tais decisões não constituem normas complementares do Direito Tributário, já que foram proferidas por órgãos colegiados sem,



entretanto, uma lei que lhes atribuisse eficácia normativa, na forma do artigo 100, II, do Código Tributário Nacional.

INCONSTITUCIONALIDADE. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a arguição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de dispositivos legais. As leis regularmente editadas segundo o processo constitucional gozam de presunção de constitucionalidade e de legalidade até decisão em contrário do Poder Judiciário.

CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. IMPUGNAÇÃO. Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa durante a ação Fiscal, posto que se trata de fase pré-processual em que se verifica o cumprimento das obrigações tributárias. Somente com a impugnação é que se inaugura a fase litigiosa do processo administrativo fiscal.

IMPUGNAÇÃO. LITÍGIO. INAUGURAÇÃO CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA. De acordo com o artigo 14 do Decreto nº 70.235/1972, somente com a impugnação se instaura a fase litigiosa, na qual o sujeito passivo tem a seu dispor todos os elementos do contraditório e da ampla defesa, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

VERDADE MATERIAL. VERDADE FORMAL. IRRELEVÂNCIA DA DISTINÇÃO. A verdade apresenta-se como elemento a priori da argumentação, pressuposto lógico do discurso comunicativo: ao realizar afirmações, o sujeito o faz com o objetivo de que o fato seja reconhecido como verdadeiro. Por isso, diante dos diversos argumentos (diversas verdades) trazidos aos autos, o sistema normativo prescreve formas que permitem chegar a um final, mediante decisões que estabelecem qual a verdade prevalecente. Nessa linha de raciocínio, alguns doutrinadores vêm criticando a dicotomia clássica entre verdade formal e verdade real. Procede tal tese, pois tanto o processo administrativo como o judicial deve buscar a verdade lógica por meio do esquadramento dos fatos jurídicos, na forma como o direito foi positivado para aquela matéria. Logo o que se convencionou chamar de "verdade real" não é senão a submissão do processo administrativo aos princípios da legalidade e da oficialidade.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1998

DECADÊNCIA. FALTA DE PAGAMENTO OU RETENÇÃO. REGRA GERAL.

Em caso de falta de pagamento ou retenção do imposto de renda, fica afastada a regra especial do artigo 150, § 4º, do CTN e calcula-se a decadência pela regra geral do artigo 173, inciso I, do CTN. ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR N.º 105/2001. LEI N.º 10.174/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA.



O artigo 6º da Lei Complementar n.º 105/2001 e a Lei n.º 10.174/2001 cuidam de regras procedimentais que visam instrumentalizar o Fisco com novos meios de Fiscalização, mediante a ampliação dos poderes de investigação. Dessa forma, pode ter aplicação imediata, nos termos do artigo 144, § 1º, do CTN. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 1998

LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FATOS GERADORES A PARTIR DE 01/01/1997. A Lei n.º 9.430/1996, vigente a partir de 1º de janeiro de 1997, estabeleceu, em seu artigo 42, uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente quando o titular da conta bancária não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados em sua conta de depósito. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FATO INDICIÁRIO. FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO. A presunção legal juris tantum inverte o ônus da prova. Neste caso, a autoridade lançadora fica dispensada de provar que o depósito bancário não comprovado (fato indiciário) corresponde, efetivamente, ao auferimento de rendimentos (fato jurídico tributário). Cabe ao Fisco simplesmente provar a ocorrência do fato indiciário; e ao contribuinte cumprir provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.

ADEQUAÇÃO DA PRESUNÇÃO LEGAL. VINCULAÇÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. Não cabe ao julgador administrativo discutir se a presunção estabelecida em lei é apropriada ou não, pois se encontra totalmente vinculado aos ditames legais (artigo 116, inciso III, da Lei n.º 8.112/1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (artigo 142 do Código Tributário Nacional - CTN). Nesse passo, não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal que, de modo inequívoco, estabelece a presunção legal de omissão de rendimentos (artigo 42, caput, da Lei n.º 9.430/1996).

FATO GERADOR ANUAL. FATO GERADOR MENSAL.

O artigo 83, inciso I, do RIR/1999 fixou uma regra geral, no sentido de que todos os rendimentos percebidos durante o Ano-calendário compõem a base de cálculo do imposto devido (no Ano-calendário), exceto os rendimentos isentos, os não tributáveis, os tributáveis exclusivamente na fonte e os sujeitos à tributação definitiva. Assim, o fato gerador é anual.

PESSOA FÍSICA. PESSOA JURÍDICA. EQUIPARAÇÃO. PROFISSIONALISMO.

A pessoa natural que não demonstre explorar, de modo profissional, atividade comercial deve ser tributada na pessoa física, nos termos do 150, § 1º, inciso II, do RIR/1999.

*Lançamento Procedente*

Cientificado em 02/08/2007, o contribuinte, se mostrando irresignado, apresentou, em 28/08/2007, o Recurso Voluntário, de fls. 1297/1319, acompanhado de anexos reiterando as razões da sua impugnação, às quais já foram devidamente explicitadas, aditando os seguintes pontos:

- Da nulidade e impossibilidade de aplicação da norma de presunção se não há fato indiciário seguro. Segundo o recorrente todas as evidências é que o exercício de uma atividade de factoring.

- A fiscalização ignora, a quantidade de depósitos, 1750 depósitos em apenas um ano, ignora também o laudo técnico contábil apresentado aos agentes fiscais que atestam o exercício dessa atividade, Não importa também que mais de 84% da movimentação financeira corresponda aos créditos de liquidação e cobrança, que é elemento típica da atividade de factoring, todos esses fatores não se demonstram suficientes para comprovar a atividade de factoring.

- Afirma que o fisco tinha pleno conhecimento dessa realidade como se depreende do Termo de verificação e Constatação Fiscal no qual estão copiados os dados constantes dos extratos bancários, em todas páginas por diversas vezes, no campo denominado histórico, aparece a expressão "liquidação de cobrança". Ou seja no próprio extrato está a prova da atividade econômica;

- Segundo o recorrente existem provas cabais do exercício de atividade empresarial vinculada a movimentação financeira examinada, equiparando a atividade desenvolvida pelo contribuinte a empresas de factoring;

- Segundo o recorrente no próprio Termo de Intimação Fiscal de 27/01/2003, a autoridade afirmou que as francesinha comprovam apenas os valores depositados a título de "liquidação de cobrança" no Banco Bradesco;

- Existem nos autos provas cabais de exercício da atividade de **factoring**, sendo que 84,5% da movimentação decorrem dessas operações de liquidação em cobrança;

- Em relação aos demais depósitos bancário, destaca o profissional responsável pela elaboração do Laudo técnico que o acessório sempre segue ao principal, uma vez que está comprova da atividade de factoring exercida pelo Contribuinte;

- Do uso de prova ilícita;

- Da impossibilidade de aplicação retroativa da Lei Complementar No. 101/2001 e da correlata Lei No. 10174/01;

- Do erro na determinação do momento de ocorrência do fato gerador;

- Da decadência do lançamento no período de janeiro a abril de 1998;

- Do fato de que depósito bancário não é equiparado a renda.

É o relatório.

**Voto**

Conselheiro ANTONIO LOPO MARTINEZ, Relator

O recurso está dotado dos pressupostos legais de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Da preliminar de Decadência

O termo inicial para a contagem do prazo decadencial para os rendimentos omitidos que ocorreram ao longo do ano de 1998, previsto no art. 150, parágrafo 4º, do CTN é de 1º de janeiro de 1999, posto que é o 1º dia após a ocorrência do fato gerador. Desta forma, o lançamento poderia ser realizado até a data de 31/12/2003, para que pudesse alcançar os valores percebidos no ano-calendário de 2002.

Tendo em vista que o contribuinte teve ciência do auto de infração em 02/06/2003, data em que entendo não havia decaído o direito da fazenda constituir o referido crédito tributário.

Como é sabido, o lançamento é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identificar o seu sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular ou por outra forma definir o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível.

Com o lançamento constitui-se o crédito tributário, de modo que antes do lançamento, tendo ocorrido o fato imponible, ou seja, aquela circunstância descrita na lei como hipótese em que há incidência de tributo, verifica-se, tão somente, obrigação tributária, que não deixa de caracterizar relação jurídica tributária.

É sabido, que são utilizados, na cobrança de impostos e/ou contribuições, tanto o lançamento por declaração quanto o lançamento por homologação. Aplica-se o lançamento por declaração (artigo 147 do Código Tributário Nacional) quando há participação da administração tributária com base em informações prestadas pelo sujeito passivo, ou quando, tendo havido recolhimentos antecipados, é apresentada a declaração respectiva, para o justo final do tributo efetivamente devido, cobrando-se as insuficiências ou apurando-se os excessos, com posterior restituição.

Por outro lado, nos precisos termos do artigo 150 do CTN, ocorre o lançamento por homologação quando a legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, a qual, tomando conhecimento da atividade assim exercida, expressamente a homologa. Inexistindo essa homologação expressa, ocorrerá ela no prazo de 05(cinco) anos, a contar do fato gerador do tributo. Com outras palavras, no lançamento por homologação, o contribuinte apura o montante e efetua o recolhimento do tributo de forma definitiva, independentemente de ajustes posteriores.

Neste ponto está a distinção fundamental entre uma sistemática e outra, ou seja, para se saber o regime de lançamento de um tributo, basta compulsar a sua legislação e verificar quando nasce o dever de cumprimento da obrigação tributária pelo sujeito passivo: se



dependente de atividade da administração tributária, com base em informações prestadas pelos sujeitos passivos (lançamento por declaração), hipótese em que, antes de notificado do lançamento, nada deve o sujeito passivo; se, independente do pronunciamento da administração tributária, deve o sujeito passivo ir calculando e pagando o tributo, na forma estipulada pela legislação, sem exame do sujeito ativo - lançamento por homologação, que, a rigor técnico, não é lançamento, porquanto quando se homologa nada se constitui, pelo contrário, declara-se à existência de um crédito que já está extinto pelo pagamento.

Importante frisar que independente do recorrente ter apresentado ou não declaração de ajuste anual, no meu entendimento esse fato não altera a conclusão, uma vez que se homologaria o procedimento. No caso o procedimento de nada fazer, não declarar e não pagar.

Em suma, não há como considerar o lançamento do ano de 1998 como decadente. Diante do exposto, rejeito a preliminar de decadência.

Da Ilegitimidade Passiva

Incabível a alegação de ilegitimidade passiva, uma vez que está comprovado nos autos o uso de conta bancária em nome próprio, para efetuar a movimentação de valores tributáveis, situação que torna lícito o lançamento sobre o próprio titular da conta.

Entendo que está correta eleição do sujeito passivo, tendo em vista que o recorrente foi responsável pela administração de sua conta corrente, praticando as transações levantadas. Analisando-se os autos, verifica-se que a diversificação de movimentação é notória e de certa forma até reconhecida pelo próprio contribuinte, quando tenta de todas as formas vincular documentos a operações de factoring, carecendo, entretanto, no seu bojo, definir com exatidão valores que realmente expressem com clareza a espécie de procedimento realizado.

A fiscalização reuniu vários fatos documentados neste processo que levam à conclusão de que os recursos movimentados na conta bancária questionada pertencem, na verdade, ao seu titular de fato e de direito.

É de se rejeitar essa preliminar.

Da Impossibilidade de Quebra do Sigilo Bancário

O sigilo bancário sempre foi um tema cheio de contradições e de várias correntes. Antes da edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, os Tribunais Superiores tinham a forte tendência de albergar a tese da inclusão do sigilo bancário na esfera do direito à privacidade, na forma da nossa Constituição Federal, sob o argumento que não é cabível a sua quebra com base em procedimento administrativo, amparado no entendimento de que as previsões nesse sentido, inscritas nos parágrafos 5º e 6º do artigo 38, da Lei nº 4.595, de 1964 e no artigo 8º da Lei nº 8.021, de 1990, perdem eficácia, por interpretação sistemática, diante da vedação do parágrafo único do artigo 197, do CTN, norma hierarquicamente superior.

Apesar de existir intermináveis discussões quanto à natureza do sigilo bancário, entendo que tal garantia, insere-se na esfera do direito à privacidade, traduzido no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.



Por outro lado, entendo que o direito à privacidade não é ilimitado, tendo em vista o princípio da convivência de liberdades. Assim, não se pode, sob o manto da privacidade, pretender acobertar indistintamente qualquer irregularidade que seja objeto de apuração pelo fisco, ou seja, os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal não se prestam a servir de manto protetor a comportamentos abusivos, e nem tampouco devem prevalecer diante de fatos que possam constituir crimes. Sejam eles crimes tributários ou não.

Não restam dúvidas, que o direito ao sigilo bancário não pode ser utilizado para acobertar ilegalidades. Por outro lado, preserva-se a intimidade enquanto ela não atingir a esfera de direitos de outrem. Todos têm direito à privacidade, mas ninguém tem o direito de invocá-la para abster-se de cumprir a lei ou para fugir de seu alcance. Tenho para mim, que o sigilo bancário não foi instituído para que se possam praticar crimes impunemente.

Desta forma, é indiscutível que o sigilo bancário, no Brasil, para fins tributários, é relativo e não absoluto, já que a quebra de informações pode ocorrer nas hipóteses previstas em lei.

Da mesma forma, a quebra do sigilo bancário não afronta aos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

“Ementa: Inquérito. Agravo regimental. Sigilo bancário. Quebra. Afronta ao artigo 5º, X e XII, da CF: Inexistência. (...).

I - A quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal (Precedentes: PET. 577).

(...).

(Ac. Do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no AGRINQ-897/DF, rel. Min. Francisco Rezek, em 23.11.94). ”

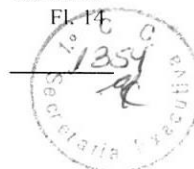
Ora, é cediço que o sigilo bancário não tem caráter incontestável nem absoluto, pois deve sempre estar submetido, como direito individual que é, aos interesses da sociedade em geral e, por conseguinte, ao interesse maior da preservação dos comandos estabelecidos pela lei.

Diz a Lei nº 4.595, de 1964:

“Art. 38 - As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestado pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso às partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.



§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames ser conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente."

Nos termos da lei, acima mencionada, o sigilo bancário será quebrado sempre que houver processo instaurado e a autoridade fiscalizadora considerar necessário, pois é sabido que os estabelecimentos vinculados ao sistema bancário não poderá eximir-se de fornecer à fiscalização, em cada caso especificado pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal, cópias das contas correntes de seus depositantes ou de outras pessoas que tenham relações com tais estabelecimentos, nem de prestar informações ou quaisquer esclarecimentos solicitados, se a autoridade fiscal assim o julgar necessário, tendo em vista a instrução de processo para qual essas informações são requeridas.

É evidente, que a possibilidade da quebra do sigilo bancário é de natureza excepcional, e o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, arrola as oportunidades em que terceiros tem acesso ao conhecimento de dados e informações de operações realizadas no mercado financeiro pelos seus investidores/clientes. Os parágrafos, do artigo anteriormente citado, estabelecem, de forma clara, quais são as autoridades que tem acesso a estas informações, ou seja, Poder Judiciário (§ 1º); Poder Legislativo (§ 2º); Comissões Parlamentares de Inquérito (§ 3º) e os agentes fiscais do Ministério da Fazenda e dos Estados (§§ 5º e 6º).

O texto acima estabelece com clareza a obrigatoriedade que os bancos tinham de permitir aos agentes fiscais o exame dos registros de contas de depósitos. Para isto, bastaria demonstrar a existência de processo fiscal e declarar que tal documentação era indispensável à investigação em curso. Desta forma, entendo que fica demonstrado que, já em 1964, os bancos estavam obrigados a fornecer à fiscalização documentação a respeito de transações com seus clientes.

Não há como discordar que a expressão "processo instaurado" se refere ao "processo administrativo fiscal", já que em caso contrário não haveria a necessidade de existirem os parágrafos 5º e 6º do referido diploma legal.



Assim, fica evidenciado que para a Administração Tributária Federal ter acesso a informações relativo às atividades e operações no mercado financeiro e de capitais realizadas pelos contribuintes pessoas físicas e/ou jurídicas, estaria condicionada a observância de certos requisitos, quais sejam: ter processo administrativo fiscal instaurado; que as informações a serem solicitadas fossem indispensáveis e que estas informações não poderiam ser reveladas a terceiros.

Já, por outro lado, em 1966, a Lei nº. 5.172 (Código Tributário Nacional) promoveu alterações no dispositivo acima transcrito, eliminando a exigência de prévia existência de processo. No art. 197 o Código Tributário Nacional dispõe:

"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."

Após a edição do Código Tributário Nacional, o Decreto nº. 1.718, de 1979 reforçou a obrigatoriedade que têm as Instituições Financeiras de prestar informações às autoridades fiscais. No art. 2º daquele ato legal foi estabelecido:

"Continuam obrigados a auxiliar a fiscalização dos tributos sob administração do Ministério da Fazenda, ou quando solicitados a prestar informações, os estabelecimentos bancários, inclusive as Caixas Econômicas, os Tabeliães e Oficiais de registro, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, as Juntas Comerciais ou as repartições e autoridades que as substituírem, as Bolsas de Valores e as empresas corretoras, as Caixas de Assistência, as Associações e Organizações Sindicais, as Companhias de Seguros, e demais entidades ou empresas que possam, por qualquer forma, esclarecer situações para a mesma fiscalização."

Já no comando da Lei nº. 8.021, de 1990, esta obrigatoriedade é mais abrangente incluindo Bolsa de Valores e Assemelhadas, além das Instituições Financeiras, cuja redação diz o seguinte:

"Art. 7º - A autoridade fiscal do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento poderá proceder a exames de documentos, livros e registros das bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como solicitar a prestação de esclarecimentos e informações a respeito de operações por elas praticadas, inclusive em relação a terceiros.

Art. 8º - Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.



Parágrafo único - As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º."

Evidente está, diante das normas legais acima transcritas, que as instituições financeiras não podem invocar o dever de sigilo bancário quando da efetivação, por parte da Fazenda Pública, de pedido de informações acerca de um terceiro, existindo processo administrativo fiscal que permita tal solicitação. Não há que se falar, portanto, em quebra do sigilo bancário, uma vez que a autoridade fazendária encontra-se legalmente obrigada a manter os dados recebidos sob sigilo, conforme impõe o parágrafo 6º do artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964.

Os dispositivos legais acima citados, não foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, dão respaldo ao procedimento da fiscalização. Por esta razão, rejeita-se o argumento de que os documentos foram obtidos de forma ilícita. O sigilo bancário, face à farta legislação existente, não pode ser argüido com a finalidade de negar informações ao fisco.

A Lei nº. 8.021, de 1990 revoga, para fins fiscais, a obrigatoriedade das instituições financeiras a conservar sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, estabelecido no art. 38 da Lei nº. 4.595, de 1964. Este último dispositivo legal já estabelecia em seus parágrafos 5º e 6º que:

"5º - Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

6º - O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames ser conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente."

Resta claro, portanto, a possibilidade de a administração fazendária solicitar aos estabelecimentos bancários às informações que esses detenham em relação aos contribuintes para os quais exista procedimento fiscal em andamento, sem que seja necessário demonstrar os motivos que conduziram a tal requisição.

Agora sob o comando da Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001, esta condição é indiscutível, cuja redação diz o seguinte:

"Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

Processo nº 10830.003266/2003-46
Acórdão n.º 3402-00.067

S3-C4T2

EL 17



I - a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas às normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III - o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV - a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V - a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

(...)

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

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

(...)

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

A edição desse dispositivo de lei complementar se fez indispensável, em virtude de divergência interpretativa que havia sido estabelecida acerca do tema, especialmente em face de decisão de uma das Turmas do Superior Tribunal de Justiça, no qual ficou assentado que o termo "processo", empregado no artigo 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, se referia a processo judicial e não processo administrativo, que a expressão autoridade competente se referia à autoridade judiciária, não a autoridade administrativo-fiscal.

Cuidou, assim, o preceptivo legal em questão - que revogou expressamente, em seu artigo 13, o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964 -, de cancelar uma exceção à regra do sigilo bancário já prevista na lei anterior, agora com toda a clareza, sem deixar margem à



interpretação equivocada ou distorcida, ao declarar expressamente que o processo mencionado é o administrativo; que a autoridade competente, para fins da lei, é a administrativa.

Ora, se antes existiam dúvidas sobre a possibilidade da quebra do sigilo bancário via administrativa (autoridade fiscal), agora estas não mais existem, já que é claro na lei complementar, acima transcrita, a tese de que a Secretaria da Receita Federal tem permissão legal para acessar os dados bancários dos contribuintes, está expressamente autorizado pelo artigo 6º da mencionada lei complementar. O texto autorizou, expressamente, as autoridades e agentes fiscais tributários a obter informações de contas de depósitos e aplicações financeiras, desde que haja processo administrativo instaurado.

Assim, estaria afastada a pretensa quebra de sigilo bancário de forma ilícita, já que há permissão legal para que o Estado através de seus agentes fazendários, com fins públicos (arrecadação de tributos), visando o bem comum, possa ter acesso aos dados protegidos, originariamente, pelo sigilo bancário. Ficam o Estado e seus agentes responsáveis, por outro lado, pela manutenção do sigilo bancário e pela observância do sigilo fiscal.

Nesse sentido, leia-se a opinião de Bernardo Ribeiro de Moraes, contido no Compêndio de Direito Tributário, Ed. Forense, 1a. Edição, 1984, pág. 746:

"O sigilo dessas informações, inclusive o sigilo bancário, não é absoluto. Ninguém pode se eximir de prestar informações, no interesse público, para o esclarecimento dos fatos essenciais e indispensáveis à aplicação da lei tributária. O sigilo, em verdade, não é estabelecido para ocultar fatos, mas sim, para revestir a revelação deles de um caráter de excepcionalidade. Assim, compete à autoridade administrativa, ao fazer a intimação escrita, conforme determina o Código Tributário Nacional, estar diante de processos administrativos já instaurados, onde as respectivas informações sejam indispensáveis."

Desta forma, dentro dos limites estabelecidos pelos textos legais que tratam o assunto, os Auditores-Fiscais da Receita Federal poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, desde que houver processo fiscal administrativo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. Devendo ser observado que os documentos e informações fornecidos, bem como seus exames, devem ser conservados em sigilo, cabendo a sua utilização apenas de forma reservada, cumprido as normas a prestação de informações e o exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, a que alude a lei, não constitui, portanto, quebra de sigilo bancário.

Sempre é bom lembrar que o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais constitui um dos requisitos do exercício da atividade administrativa tributária, cuja inobservância só se consubstancia mediante a verificação material do evento da quebra do sigilo funcional, quando, então, o agente envolvido sofrerá a devida sanção.

Da Irretroatividade da LC 105/2001 e da Lei nº 10.174/2001

O contribuinte se mostrou inconformado com a aplicação retroativa da Lei Complementar 105/2001 e da Lei 10.174/2001. Entendeu que ao proceder com base em tais instrumentos legais o Fisco acabou por obter provas de origem ilícita.



Não procede tal argumento. O parágrafo 1º do art. 144 do CTN permite a aplicação de legislação posterior à ocorrência do fato gerador, que tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização e ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas.

Desta forma é notória a possibilidade de aplicação dos mencionados instrumentos legais de forma retroativa, uma vez que, tão somente, ampliam os poderes de investigação do Fisco. O STJ já manifestou o seu entendimento neste sentido no RESP 529818/PR e no ERESP 726778/PR.

Da Presunção baseada em Depósitos Bancários

O lançamento fundamenta-se em depósitos bancários. A presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do sujeito passivo, em instituições financeiras, ou seja, pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, tem-se a autorização para considerar ocorrido o “fato gerador” quando o contribuinte não logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, não havendo a necessidade do fisco juntar qualquer outra prova.

Via de regra, para alegar a ocorrência de “fato gerador”, a autoridade deve estar munida de provas. Mas, nas situações em que a lei presume a ocorrência do “fato gerador” (as chamadas presunções legais), a produção de tais provas é dispensada. Neste caso, ao Fisco cabe provar tão-somente o fato indiciário (depósitos bancários) e não o fato jurídico tributário (obtenção de rendimentos).

No texto abaixo reproduzido, extraído de “Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas” (Justec-RJ; 1979:806), José Luiz Bulhões Pedreira sintetiza com muita clareza essa questão:

O efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova: invocando-a, a autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que ao negócio jurídico com as características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico que a lei presume - cabendo ao contribuinte, para afastar a presunção (se é relativa) provar que o fato presumido não existe no caso.

Assim, o comando estabelecido pelo art. 42 da Lei nº 9430/1996 cuida de presunção relativa (juris tantum) que admite a prova em contrário, cabendo, pois, ao sujeito passivo a sua produção. Nesse passo, como a natureza não-tributável dos depósitos não foi comprovada pelo contribuinte, estes foram presumidos como rendimentos. Assim, deve ser mantido o lançamento.

Antes de tudo cumpre salientar que a presunção não foi estabelecida pelo Fisco e sim pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Tal dispositivo outorgou ao Fisco o seguinte poder: se provar o fato indiciário (depósitos bancários não comprovados), restará demonstrado o fato jurídico tributário do imposto de renda (obtenção de rendimentos).

Assim, não cabe ao julgador discutir se tal presunção é equivocada ou não, pois se encontra totalmente vinculado aos ditames legais (art. 116, inc. III, da Lei n.º 8.112/1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário



(art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN). Nesse passo, não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal que, de modo inequívoco, estabelece a presunção legal de omissão de receita ou de rendimento sobre os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (art. 42, caput, da Lei nº 9.430/1996).

Das provas Indiciárias de prática de Factoring

É relevante destacar, entretanto, que se trata de lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada em que há inversão do ônus da prova. O contribuinte, intimado a comprovar a origem dos depósitos bancários apresentou laudo técnico contábil que indicavam que os depósitos tinham origem em atividade de *factoring*. A Fiscalização não considerou esses elementos como prova idônea por estarem desacompanhados de documentos que corroborassem os dados constantes nos referidos documentos.

Ora, a Fiscalização avaliou os elementos apresentados e concluiu que esses não comprovavam a origem dos depósitos e procedeu à autuação, no que agiu de acordo com sua avaliação dos fatos. No caso, a Fiscalização entendeu que os elementos apresentavam não comprovavam a origem dos depósitos, conforme exige a Lei e procedeu ao lançamento.

Feito o lançamento e instaurada a lide, a discussão sobre a comprovação ou não da origem dos depósitos bancários se transfere para o contencioso administrativo, cabendo aos órgãos julgadores avaliar essas provas e formar sua própria convicção.

Ora, compulsando os autos, o que vejo é que o Contribuinte pretende demonstrar que exercia a atividade de *factoring* a qual justificaria sua movimentação financeira. Os elementos que prova que apresenta, entretanto, são comprovam a efetividade da origem dos depósitos bancários.

Penso que apesar do esforço do Contribuinte em procurar vincular sua movimentação financeira à atividade de *factoring*, os elementos apresentados não se prestam a comprovar a origem dos depósitos bancários, que há de ser feita de forma individualizada e com documentos hábeis e idôneos.

A realização de operações de *factoring* envolve título, cheques, contratos, etc. de modo que, ainda que exercida informalmente, gera documentos que poderiam ser trazidos aos autos para comprovar as alegações de defesa.

Note-se que mesmo registros contábeis em livros regularmente registrados só fazem prova a favor dos contribuintes quando acompanhados dos documentos que lastreiam esses registros.

Não basta a afirmação genérica de que exerce essa ou aquela atividade para elidir a presunção de omissão de rendimentos. É preciso trazer aos autos elementos concreto que permitam ao Fisco apurar os fatos. Se assim não fosse, bastaria a qualquer contribuinte intimado a comprovar a origem de depósitos bancários alegar a prática dessa ou daquela atividade, elaborar registros e planilhas indicando operações realizadas, fluxos financeiros, receitas, despesas, etc. Isso certamente não basta.

**Dos Créditos efetuados em conta-corrente com histórico de Liquidação em Cobrança**

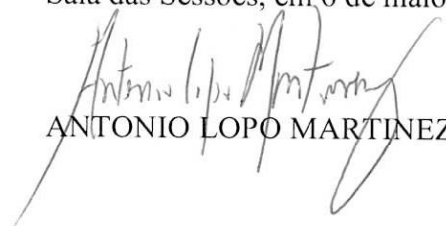
Neste ponto efetivamente penso que os depósitos realizados com o histórico “liquidação em cobrança” tem sua origem demonstrada. No momento em que o recorrente apresenta os Extratos de Movimentos de Carteira de Cobrança, ainda que não apresente qualquer outro documento adicional, no meu entendimento já evidencia a origem dos depósitos, elidindo a presunção do artigo 42 da Lei 9630/96.

De certa maneira a própria fiscalização reconhece esse ponto a indicar, como apontado pelo recorrente, na intimação de fls. 624, que as “francesinhas” comprovam os valores depositados a título de liquidação em cobrança no Banco Bradesco. Não se trata aqui de demonstrar se tais operações decorrem de *factoring*, mas o fato incontroverso de que os mesmos decorrem da cobrança de títulos, tendo assim justificada sua origem.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso para excluir da base de calculo os valores relativos as depósitos efetuados em contas correntes com o histórico “liquidação em cobrança” no valor total de R\$ 1.559.584,81.

Ante o exposto, voto no sentido de REJEITAR as preliminares argüidas e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para excluir da base de cálculo dos depósitos bancários o valor de R\$ 1.559.584,81.

Sala das Sessões, em 6 de maio de 2009



ANTONIO LOPO MARTINEZ