MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n.º	:	11020.002554/2003-81
Recurso n.º	:	140.235
Matéria	:	IRPF – EX: 1999 a 2001
Recorrente	:	TELMO JOSÉ TECCHIO
Recorrida	:	4.ª TURMA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS
Sessão de	:	20 de outubro de 2005.
Acórdão	:	102-47.142

INCONSTITUCIONALIDADE – Em respeito à separação de poderes, os aspectos de inconstitucionalidade não devem ser objeto de análise na esfera administrativa, pois adstritos ao Judiciário.

NORMAS PROCESSUAIS – VIGÊNCIA DA LEI – A lei que dispõe sobre o Direito Processual Tributário tem aplicação imediata aos fatos futuros e pendentes.

ILEGITIMIDADE PASSIVA – Sujeito passivo da relação jurídica tributária decorrente da exigência de Imposto de Renda pela aplicação da norma contida no art, 42 da Lei nº 9.430, de 1996, é o efetivo titular de depósitos e créditos cabíveis.

DILIGÊNCIA - Constitui prerrogativa do julgador decidir pela presença no processo de novos esclarecimentos, para melhor formar sua convicção a respeito da situação fática, na forma do artigo 18, do Decreto nº 70.235, de 1972.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS – Tributa-se como renda presumida a soma, mensal, dos depósitos e créditos bancários, de origem não comprovada pelo contribuinte, na forma do artigo 42 da Lei n.º 9.430, de 1996.

Preliminares rejeitadas.
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por TELMO JOSÉ TECCHIO.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR o pedido de perícia. Por maioria de votos, REJEITAR: as preliminares de ilegitimidade passiva, de nulidade do lançamento por quebra de sigilo bancário e a de irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e

Luiza Helena Galante de Moraes, que apresenta declaração de voto em relação à irretroatividade. No mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE

NAURY FRAGOSO TANAKA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 18 NOV 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JOSÉ OLESKOVICZ, JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, SILVANA MANCINI KARAM e ROMEU BUENO DE CAMARGO. Ausente, justificadamente, o Conselheiro ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.

Processo nº : 11020.002554/2003-81
Acórdão nº : 102-47.142

Recurso nº : 140.235
Recorrente : TELMO JOSÉ TECCHIO

RELATÓRIO

Litígio decorrente do inconformismo da contribuinte com a decisão de primeira instância, fls. 1.350 a 1.369, v-7, na qual a exigência tributária formalizada pelo Auto de Infração, de 25 de agosto de 2003, fl. 022, v-1, com crédito de R$ 3.376.802,83, foi considerada, por unanimidade de votos, procedente.

O crédito tributário decorre de infrações caracterizadas pela falta de recolhimento do Imposto de Renda – Pessoa Física, incidente sobre rendimentos percebidos em todos os meses dos anos-calendário de 1998, 1999 e 2000, com exceção dos períodos de janeiro e novembro, de 1999, para os quais não localizados fatos-base presuntivos de renda omitida. Deve ser esclarecido que todas as infrações foram apuradas com suporte na presunção legal havida no artigo 42, da lei nº 9.430, de 1996.

Nessa linha, integraram o referido crédito, os juros de mora e a multa de ofício, esta com suporte no artigo 44, I, do ato legal citado.

A exigência encontra-se com representação fiscal para fins penais formalizada pelo processo administrativo nº 11020.002.555/2003-25, como informado no despacho à fl. 1.282.

Conveniente constar deste Relatório, em breve síntese, as verificações que fizeram parte do procedimento investigatório.

De início, importante esclarecer que o sujeito passivo informou às Autoridades Fiscais que possuía apenas uma conta bancária em seu próprio nome no Banrisul S/A, nº 35.002307-06, agência 759-14, em Parai, RS, fl. 27, v-1.

No entanto, o Fisco identificou, no procedimento fiscal desenvolvido junto à sua avó, Ires Rizzotto Tecchio, CPF nº 755.999.960-34, outra localizada no mesmo banco, agência e cidade, sob nº 35.003286.0-2, com início em 3 de outubro de 1997, que foi movimentada por este sujeito passivo mediante procuração, fl. 346 e 347, v-3.

Os totais de depósitos e créditos anuais nessa conta, segundo dados da CPMF, fl. 214, v-2, somaram R$ 6.565.011,70, em 1998, R$ 4.792.515,05, em 1999, R$ 2.270.099,38, em 2000, e R$ 2.721.623,22, em 2001.

A titularidade de fato da referida conta pelo sujeito passivo foi constatada mediante verificação: (a) da existência da procuração para esse fim, fl. 347, (b) de ser sua a assinatura em todos os depósitos bancários e cheques do período de 1998, conforme informado no Termo Complementar à Descrição dos Fatos Apurados-TCDFA, fl. 28, v-1, (c) de que nas respostas recebidas em decorrência da circularização de cheques as transações não tinham como referência a pessoa de Iris Rizzotto Tecchio; (d) de que algumas das respostas da referida circularização indicaram negócios com este sujeito passivo; e (e) o fato de que o sujeito passivo movimentou a conta, sob procuração e com poderes especiais, o que o torna pessoalmente responsável. Essas justificativas constaram do citado termo, fls. 50 a 52.

Ainda a corroborar a posição, o telefone de contato informado na ficha cadastral junto ao Banrisul SA foi 054-477-1305, que após levantamento junto à empresa prestadora de serviços constatou-se pertencer à Basalto São Cristóvão Ltda, empresa estabelecida na cidade de Parai, RS, da qual o sujeito passivo é sócio-proprietário.

E, também, as características pessoais de Íris R Tecchio, descritas à fl. 39, do TCDFA: residente na Rua Borges de Medeiros, s/nº, Centro, Parai, RS, desde 1923, o que indica ser uma pessoa idosa (75 anos no mínimo em 1998),

aposentada pelo INSS, com profissão de "Afazeres domésticos" e de pequena renda mensal.

Cabe ressaltar que, no início do procedimento, o período sob fiscalização era compreendido entre os exercícios de 1997 e 2000, inclusive.

Durante a verificação foi constatada a presença de "disponibilidades" nas declarações de bens e a ausência de saldos bancários. Solicitada a justificativa para essa situação, informado que as disponibilidades seriam oriundas da aquisição de dólares no mercado paralelo, fl. 26, e quanto aos saldos bancários, após diversas reintimações, o sujeito passivo informou possuir apenas uma conta bancária no Banrisul SA, conforme já esclarecido, fl. 27.

Então, foi apresentada ao sujeito passivo, mediante Intimação, a relação de depósitos e créditos bancários identificados na conta bancária de titularidade de Íris R Tecchio, mas movimentada pelo sujeito passivo, para que este justificasse e comprovasse a origem de tais valores, bem assim, a destinação dos débitos, fl. 27.

Em atendimento, o sujeito passivo informou que não conhecia a referida movimentação, protestou pela ilegalidade do levantamento de dados bancários com suporte na LC nº 105, de 2001, e com suporte nos artigos 1.288, 1.294 e 1.300 do Código Civil deixou de apresentar informações, fl. 28.

Concluíram as Autoridades Fiscais que em relação ao exercício de 1997, a declaração de ajuste anual do sujeito passivo não apresentava irregularidades, fl. 30, e quanto ao exercício de 1998, apurados acréscimos patrimoniais a descoberto nos meses de fevereiro a junho e setembro e outubro, e rendimentos omitidos com suporte em depósitos bancários, artigo 42, da lei nº 9.430, de 1996, havidos na conta de titularidade de Íris R Tecchio.

O tributo relativo a essas infrações foi formalizado por Auto de Infração que integrou o processo 11020.004.953/2002-03, segundo informação que

constou do TCDFA, fl. 30. A parte restante da verificação fiscal diz respeito aos anos-calendário de 1998 a 2001.

A vinda dos extratos bancários da conta em nome de Íris R Tecchio deu-se por meio de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF, em fevereiro de 2002, para o ano-calendário de 1998, fl. 39, enquanto para os demais, em setembro e dezembro desse ano, fls. 404, v-3, e 707, v-4, em razão da primeira não ter atendido às solicitações para esse fim.

Ressalve-se, porém, que em 14 de agosto de 2003, a contribuinte respondeu aos diversos pedidos de esclarecimentos, via Intimação, e entregou os extratos bancários solicitados.

Não obtendo esclarecimentos sobre a origem de tais valores nem de Íris R Tecchio, nem deste sujeito passivo, as Autoridades Fiscais concluíram pela titularidade da conta bancária pertencer a este último e, por conseqüência, constituíram o crédito tributário tendo esta pessoa na condição de sujeito passivo.

Não conformado com a exigência tributária o representante legal do sujeito passivo, Gilmar Stelo, OAB nº 25.378 RS, interpôs impugnação, fls. 1.285 a 1.296, na qual expostos os motivos de fato e de direito que deixo de sintetizá-los em razão de estarem reiterados na peça recursal.

O respeitável colegiado julgador da 4ª Turma da DRJ em Porto Alegre considerou por unanimidade de votos, procedente o feito, conforme Acórdão DRJ/POA nº 3.414, de 5 de março de 2004, fls. 1.350 a 1.369, v- 7.

Na seqüência, utilizou o patrono Leonardo Gonçalves Muraro, OAB RS 46.022, do direito de protesto e, com observância do prazo legal, pois com ciência da decisão de primeira instância em 30 de março de 2004, interpôs peça recursal em 29 de abril desse ano, fl. 1.375, v-7.

Nesse documento, afirmado que o sujeito passivo tributou rendimentos em montante superior àqueles efetivamente comprovados, porque

resultantes de transações econômicas praticadas sem a correspondente documentação jurídica.

Essa posição é confirmada no excerto da peça recursal, fl. 1.377, v-7:

> "(....) declarou e ofereceu a tributação um valor maior do que realmente percebeu nas suas vinculações de trabalho e demais rendimentos auferidos, obviamente são considerados como rendimentos extras oriundos de diversas fontes e sem comprovação, tais como ganhos auferidos em intermediações de negócios (comissões), e que vieram atender as suas necessidades de suprimento de caixa evidentemente".

Na seqüência, conclui que houve dupla tributação caracterizada pela incidência sobre os valores já declarados, mas não identifica quantias.

Outro aspecto trazido pela peça recursal é o que tem por fundo a existência de uma sociedade de fato entre este sujeito passivo e sua avó, Íris R Tecchio, que teria justificativa na idade avançada desta e sua incapacidade para gerenciar negócios no meio comercial e financeiro atual, sendo consubstanciada pela titularidade da conta, em nome desta, e movimentação bancária pelo primeiro, com instrumento público de procuração.

A argumentação não foi acompanhada de documentos comprobatórios da dita sociedade.

A movimentação bancária teria por suporte importância de propriedade de Íris R Tecchio, não identificada, e haveria erro na formalização do feito porque este sujeito passivo não é a pessoa responsável pela renda auferida.

Para deixar mais evidente a assertiva, transcreve-se trecho da peça recursal, fl. 1.378:

> "Ora, a Sra. IRES RIZZOTTO TECCHIO, é uma senhora já de idade bastante avançada, e por conseguinte, teria sérias

dificuldades quanto a movimentação financeira, principalmente para preenchimentos e assinaturas de cheques, razão pela qual nomeou o contribuinte (neto), para realizar as operações em seu próprio nome, e por outras razões que serão elucidadas oportunamente.

O Recorrente, portanto, afirma não ser ele o titular da conta bancária, sendo de total responsabilidade de sua efetiva titular IRES RIZZOTTO TECCHIO."

Argumenta que a sociedade de fato estaria configurada pelo envolvimento das pessoas citadas e fundamenta sua posição nas normas dos artigos 305([1]) e 122([2]) do Código Comercial, Lei nº 556, de 1850.

---

[1] Lei nº 556, de 1850 – Código Comercial - Art. 305 - Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social.

Desta natureza são especialmente:

1 - Negociação promíscua e comum.

2 - Aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum.

3 - Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública.

4 - Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum.

5 - A dissolução da associação como sociedade.

6 - O emprego do pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, fatura, contas e mais papéis comerciais.

7 - O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social.

8 - O uso de marca comum nas fazendas ou volumes.

9 - O uso de nome com a adição - e companhia.

A responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos (artigo nº. 316).

[2] Código Comercial - Art. 122 - Os contratos comerciais podem provar-se:

1 - por escrituras públicas;

2 - por escritos particulares;

3 - pelas notas dos corretores, e por certidões extraídas dos seus protocolos;

4 - por correspondência epistolar;

5 - pelos livros dos comerciantes;

6 - por testemunhas.

Ainda comprovariam as operações de empréstimos os depósitos de terceiros que denotariam a troca de cheques, pois a sociedade emitiria um cheque, para possibilitar a cessão de moeda, e receberia outro pré-datado, no qual o valor conteria os encargos da transação.

Também, nessa linha, as operações de crédito de títulos que traduziriam descontos de cheques pré-datados oriundos das operações de empréstimos.

Sobre a existência da sociedade de fato, trouxe o recorrente a sua tese o posicionamento a respeito da prevalência da substância ou da forma nas transações econômicas em que estas se encontram dissociadas.

Esclarecido, com suporte nos ensinamentos de Marco Aurélio Grecco[3], que o Fisco prega a prevalência da forma sobre a substancia, mas que pratica o inverso, e que nem sempre a utilização desta linha de entendimento resulta no maior crédito tributário.

E, conclui, pedindo ainda pela prevalência da verdade para propiciar a tributação do verdadeiro fato gerador do tributo.

Alegado, ainda, que os créditos bancários, individualmente considerados, não representam receitas.

Os argumentos do recorrente contra a decisão de primeira instância também são dirigidos ao erro na manutenção do feito, pela presença de ilegalidade na quebra do sigilo bancário com o uso retroativo da lei nº 10.174, de 2001. Além dessa infração, estaria ilegal também pelo acesso aos dados bancários constituir ofensa às normas do artigo 5º, inc. X e XII da CF/88.

---

[3] GRECCO, MARCO AURÉLIO. Planejamento Fiscal e Interpretação das Leis Tributárias, São Paulo, Dialética, 1998, pág. 44.

A corroborar sua posição ementas de julgados judiciais, não devidamente identificados, entre eles o AG 171160, TRF 1ª Região, no qual foi relator o Des. Roberto Haddad. No mesmo sentido, a revogação do Decreto nº 4.489, de 2002, pelo Decreto nº 4.545, desse ano.

No entender da defesa a empresa de fato estaria sujeita a diversos tributos, distintos deste exigido na pessoa física do sujeito passivo.

Finalizada a peça recursal com pedido pela reforma da decisão *a quo,* pela improcedência do feito, e, ainda, por diligência para a apuração dos verdadeiros tributos devidos na sistemática de pessoa jurídica.

Informado, por despacho à fl. 1.282, que há processo nº 11020.002.556/2003-70 no qual consta o arrolamento de bens e direitos.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro NAURY FRAGOSO TANAKA, Relator

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário e profiro voto.

Verifica-se que o recorrente afirma ter o sujeito passivo oferecido à tributação rendimentos em montante superior àqueles que estariam efetivamente comprovados com documentação hábil e idônea.

E essa afirmativa é confirmada pela diferença entre a renda tributável comprovada no processo, e aquela oferecida à tributação em cada período, como discriminado:

Quadro I – Renda de terceiros não identificados.

Exercícios	Renda Tributada	fls.	Renda Comprovada	fls.
Ex. 1997	R$ 18.136,00	fl. 66	R$ 2.628,66	fls. 69/70
Ex. 1998	R$ 16.920,00	fl. 71	R$ 4.809,06	fls. 74/75
Ex. 1999	R$ 17.245,00	fl. 79	R$ 6.078,00	fls. 84/85
Ex. 2000	R$ 25.109,00	fl. 85	R$ 10.007,33	fls. 88/89

Não consta do processo a comprovação dos rendimentos tributáveis para o ano-calendário 2000, exercício de 1999.

No entanto, as diferenças sem comprovação não se prestam para justificar a movimentação financeira identificada na conta bancária em nome de Íris

Rizzotto Tecchio, conforme se extrai do confronto simples com os montantes tributados.

Observe-se que os totais movimentados em cada período na referida conta, conforme indicado no Relatório, superam em valores significativos a renda tributada, mas não comprovada: R$ 6.565.011,70, em 1998, R$ 4.792.515,05, em 1999, R$ 2.270.099,38, em 2000, e R$ 2.721.623,22, em 2001, fl. 214, v-2.

Para que as diferenças indicadas sirvam como redutoras da base de cálculo necessário que haja ligação entre os valores tributados na Declaração de Ajuste Anual e os correspondentes depósitos e créditos, elemento não constante do processo.

Outro aspecto trazido pela peça recursal é o que tem por fundo a existência de uma sociedade de fato entre este sujeito passivo e sua avó, Íris R Tecchio, que seria justificada com a idade avançada desta e sua incapacidade para gerenciar negócios no meio comercial e financeiro atual, pela propriedade de capital por esta pessoa, externada com a titularidade da conta e movimentação bancária pelo primeiro, com instrumento público de procuração.

Essa argumentação não foi acompanhada de documentos.

Alguns aspectos devem ser postos neste voto, antes da conclusão a respeito da tese.

Neste processo não há provas de que os recursos da referida conta pertenciam à Íris R Tecchio e foram repassados a este sujeito passivo para os fins informados pela defesa.

Os dados processuais evidenciam uma conta bancária no nome desta última, na qual a ficha cadastral contém indicação de que a movimentação poderia ser efetuada pela pessoa deste sujeito passivo, uma vez que foi nomeado procurador pela titular, cuja autoria de movimentação foi confirmada pelas

Autoridades Fiscais, conforme informado no Termo Complementar à Descrição dos Fatos Apurados – TCDFA, fls. 50 a 53.

Os argumentos utilizados pela defesa têm suporte em documentos obtidos por verificações efetuadas pelas Autoridades Fiscais, mas que, no entanto, serviram de suporte para a imposição tributária.

Então, duas interpretações para os mesmos fatos: uma, em que estes se subsumem à norma tributária, outra, colocando-os sob tipificação distinta, motivo para situá-los fora do campo de incidência da norma do artigo 42, da lei nº 9.430, de 1996.

As situações idealizadas não admitem convivência conjunta sob o aspecto legal, ou seja, sendo uma verdadeira, a outra não pode ser aplicada.

A primeira delas diz respeito à existência de depósitos e créditos bancários sem a prova da origem nos rendimentos declarados à Administração Tributária.

Verifica-se que o sujeito passivo, quando solicitado, não trouxe dados comprobatórios da origem dos recursos existentes na conta sob análise, compondo sua resposta à Intimação de 18 de setembro de 2002, fl. 146, a alegação de que havia ilegalidade na quebra do sigilo, e sobre a impossibilidade de dar informações sobre a respeito da movimentação financeira da referida conta, em decorrência da titularidade de Íris R. Tecchio, conforme consta do comunicado à fl. 152, v-1.

No entanto, essa vedação não foi confirmada no transcorrer do procedimento fiscal junto à Íris R. Tecchio, uma vez que as Autoridades Fiscais comprovaram ser deste sujeito passivo a titularidade de fato da referida conta, conforme indicado no Relatório.

Justifica-se, então, neste ponto da análise verificar quanto aos motivos que levaram à conclusão de titularidade da conta, diversa daquela externada pelo cadastro.

Como informado no Relatório, a titularidade de fato da referida conta foi constatada pelas autoridades fiscais mediante verificação : (a) da existência da procuração pública para esse fim, fl. 347, (b) de ser do sujeito passivo a assinatura em todos os depósitos bancários e cheques do período de 1998, conforme informado no Termo Complementar à Descrição dos Fatos Apurados-TCDFA, fl. 28, v-1, (c) de que nas respostas recebidas em decorrência da circularização de cheques, as transações não tiveram como referência a pessoa de Iris Rizzotto Tecchio; (d) de que algumas das respostas da referida circularização indicaram negócios com este sujeito passivo; e (e) o fato de que o sujeito passivo movimentou a conta, sob procuração e com poderes especiais, o que o torna pessoalmente responsável. Essas justificativas constaram do citado termo, fls. 50 a 52.

Ainda a corroborar a posição, o telefone de contato informado na ficha cadastral junto ao Banrisul SA foi 054-477-1305, que após levantamento junto à empresa prestadora de serviços constatou-se pertencer à Basalto São Cristóvão Ltda, empresa estabelecida na cidade de Parai, RS, da qual o sujeito passivo é sócio-proprietário.

E, também, as características pessoais de Íris R Tecchio, descritas à fl. 39, do TCDFA: residente na Rua Borges de Medeiros, s/nº, Centro, Parai, RS, desde 1923, o que indica ser uma pessoa idosa (75 anos no mínimo em 1998), aposentada pelo INSS, com profissão de "Afazeres domésticos" e de pequena renda mensal.

O instrumento de outorga de mandato a este sujeito passivo foi lavrado em 31 de julho de 1996, registrado no Livro nº 21, de Procurações, do Tabelionato de Parai, comarca de Casca, RS, fl. 347, e conteve amplos poderes conforme se destaca no excerto:

> "(..) ao qual confere amplos e ilimitados poderes para movimentar contas correntes, a prazo fixo, de caução e outras de qualquer espécie, junto ao Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A., Agência desta cidade, ou em outros estabelecimentos bancários ou de crédito em geral, desta ou de outras praças; realizar com os mesmos quaisquer quaisquer negócios ou transações bancárias, celebrar quaisquer contratos, inclusive de financiamentos, depositar e retirar dinheiro, títulos e valores, emitir, endossar e assinar cheques, sacar, mesmo a descoberto, assinar propostas, contratos, inclusive de abertura de contas e de crédito, cartas de ordem, papéis e quaisquer documentos, tomar saques, requisitar talões de cheques, liquidar e encerrar contas, reconhecer saldos, transigir, receber, pagar, passar recibos e dar e aceitar quitações; exercer, enfim, todos os poderes necessários ao bom e fiel cumprimento do presente mandato e substabelecer se necessário. (...)"

Os poderes concedidos no dito instrumento têm campo de aplicação tão ampla que permite considerar os recursos depositados na referida conta como de efetiva titularidade do outorgado. Essa assertiva é corroborada pela ausência de qualquer elemento de ligação entre tais recursos e a teórica proprietária: Íris R Tecchio.

Para destituí-la necessário provas de que os recursos obtidos na movimentação financeira seriam repassados ou utilizados pela "teórica" proprietária do capital, Íris Rizzotto Tecchio.

E essa atitude de demonstrar o destino dos pagamentos efetuados, via cheques, não foi tomada pelo sujeito passivo, mas pelas Autoridades Fiscais que buscaram levantar amostragem de tais transações, que consta da documentação integrante do volume 4 deste processo.

Assim:

Quadro II – Resultado da circularização de cheques.

Pessoas	**Motivo dos cheques**	**Fls.**

Ivanor Pegoraro	Pagam. De dívida anterior de Telmo Tecchio.	547
Delvino S Bolsoni	Ilegalidade RMF LC 105	555
Antonio A Dec	Não Localizado	
Luiz E Scheffer	Recebeu de Castro Veículos Ltda p/venda de veículo.	571
Gustavo Colombo	Rec. De terceiros p/pagam. De veíc. Vendido	578
Gilmar A Costa	Empréstimo de Telmo Tecchio	594
Luis C Mafaccioli	Mutuo com Íris	601
Basalto S C Ltda	Ilegalidade RMF LC 105	611
Com. Pratanova SA	Ch. 568.537 pag. De veículo em nome de Frederico Tecchio e Cia Ltda, NF 8497 de 20/2/98	620
Serplast I C Plásticos Ltda	Empréstimo – não informou fonte.	630
South T Brazil	Não localizada	
Cleimar S E I Ltda	Importação efet. Por Liberio Cornélio Pasinato ME	650
Castro Veic. Ltda	Empréstimo de Telmo Tecchio	662

Constata-se, então, que algumas dessas pessoas informaram tratar-se os fatos de viabilização de "empréstimos", negociados diretamente com este sujeito passivo. Outras, apesar de não informar a relação econômica, indicaram que receberam os cheques de terceiros, para complementar negociação de seus bens, situação que indica utilização dos cheques para fins de transações financeiras ou econômicas com terceiros.

Detalhe importante colhido da informação prestada por Ivanor Pegoraro é o empréstimo de dinheiro efetivado pelo sujeito passivo junto a essa pessoa em diversas oportunidades no período compreendido entre fevereiro a maio de 1998, e a quitação mediante entrega dos cheques da referida conta, identificados às fls. 544 a 546.

Esses empréstimos indicam necessidade de moeda pelo sujeito passivo, o que torna improvável a utilização da conta para cessão de moeda, pois se havia necessidade de recursos como iria cedê-los para terceiros?

Ressalve-se a hipótese de a obtenção do empréstimo ter sido mais lucrativa do que a própria cessão a terceiros, isto é, a taxa de obtenção do recurso teria sido inferior à praticada em relação ao mercado, ou, ainda, o próprio cedente teria colocado os recursos com o cessionário mediante determinada remuneração, esta inferior à praticada na praça pelo beneficiário.

Para essa situação outra hipótese poderia existir: a destinação dos recursos obtidos para a empresa da qual participa o sujeito passivo – Basalto São Cristóvão Ltda – fl. 40.

Mas, frise-se, permanecem apenas no campo das hipóteses, pois não contêm suporte em provas no processo.

Então os dados disponíveis para decidir a respeito da existência de negócios distintos e que poderiam produzir renda de espécie diversa daquela considerada omitida com suporte nos depósitos e créditos bancários constituem indícios que não permitem formar prova indireta para destituir a hipótese legal conformada pela norma do artigo 42 da lei nº 9.430, de 1996.

Postas as justificativas à primeira posição, possível passar à outra tese, que constituiu o objeto da defesa: a existência de uma sociedade de fato entre o sujeito passivo e Íris Rizzotto Tecchio, para fins de aplicação do capital via operações de factoring.

Conforme citado em momento anterior, a defesa não trouxe provas para fundamentar sua argumentação, usou daquelas produzidas pelo Fisco.

Então, basta apropriar parte da análise anterior sobre o resultado da investigação efetuada durante o procedimento fiscal para decidir a questão.

Dos dados do Quadro II, isoladamente considerados, constata-se que estes são insuficientes para conclusão a respeito de sociedade de fato entre Íris e Telmo.

Esses dados revelam a participação deste sujeito passivo nos negócios e apenas um dos declarantes afirmou ter obtido recursos diretamente de Íris R. Tecchio, enquanto a situação jurídica a comprovar é a uma sociedade de fato entre Telmo e Íris e os dados disponíveis não expressam essa relação.

A configuração da sociedade pelo envolvimento das pessoas citadas com fundamento nas normas dos artigos 305 e 122 do Código Comercial, Lei nº 556, de 1850, não pode ser acolhida (ver notas 1 e 2).

O artigo 305 do CC contém norma que regula a presunção de sociedade de fato: "*Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social*".

As hipóteses do artigo 122 do CC direcionadas à validade contratual também não se aplicam à situação.

As operações de empréstimos e os depósitos de terceiros, que denotariam a troca de cheques, pois a sociedade emitiria um cheque, para possibilitar a cessão de moeda, e recebia outro pré-datado, que conteria os encargos da transação, não comprovam uma sociedade de fato, mas poderia ser acolhida, caso efetivamente comprovadas todas as operações com vínculo entre depósitos e devolução de valores, como uma prática financeira ilegal efetivada pelo autor.

Da mesma forma as operações de crédito de títulos que, no entender da defesa, traduziria descontos de cheques pré-datados oriundos das operações de empréstimos.

Como afirmado em momento anterior, não há provas de relação jurídica societária entre Íris e Telmo, os dados disponíveis apontam a participação deste sujeito passivo, mas inexistente demonstração ou comprovação de vínculo com a outra parte.

Deve ser salientado que a presunção contida no artigo 42, da lei nº 9.430, de 1996, transfere o ônus da prova em contrário ao sujeito passivo, ou seja, não basta à defesa indicar que os depósitos e créditos constituem produto de uma sociedade de fato, mas deve trazer ao processo documentos que evidenciem a efetiva participação das partes, os benefícios auferidos, de maneira a construir prova sólida do argumento.

Inexistindo tais dados, a tese defendida não se sobrepõe à presunção legal da qual se utilizou o Fisco para a imposição tributária.

A questão a respeito do erro na identificação do sujeito passivo é atendida pelas justificativas anteriores.

Sobre a existência da sociedade de fato, trouxe o recorrente a sua tese o posicionamento a respeito da prevalência da substância ou da forma nas transações econômicas em que estas se encontram dissociadas.

Realmente em diversas oportunidades os representantes da Administração Tributária usam da verdade material em detrimento daquela estampada pelos atos formalizados. Porém, deve ser salientado que a destituição dos documentos formais ocorre mediante presença de outros elementos indiciários que formam prova contrária àquela obtida via documentos previstos em lei. Exemplo típico dessa situação é a transação de venda de imóveis por contrato particular em detrimento daquela constante da escritura pública.

Nesta situação não se evidencia a presença de outros documentos para destituir a presunção legal contida no artigo 42, da referida lei.

Então, a doutrina vinda ao processo via peça recursal está correta no entendimento esposado, mas em contradição com a situação fática, que peca pela falta de provas em contrário à dita presunção.

Assim, não há como acolher o pedido pela prevalência da verdade material em detrimento da formal, para propiciar a tributação do verdadeiro fato gerador do tributo.

Alegado, ainda, que os créditos bancários, individualmente considerados, não representam receitas.

A caracterização do fato gerador do tributo, que toma por suporte os depósitos e créditos bancários, constitui presunção legal estribada no artigo 42 da lei n.º 9.430, de 1996. Essa figura é utilizada pelo legislador quando a presença dos dados que compõem a situação-base permite concluir pela ocorrência do fato gerador do tributo, caso não demonstrado sua inaplicabilidade pelo fiscalizado.

A presunção legal é uma das técnicas de detecção utilizada pelo Fisco para identificar a renda omitida quando o contribuinte denota sinais exteriores de riqueza e o levantamento dos rendimentos percebidos ao longo do período passível de investigação evidencia grau de dificuldade elevado.

Visando a agilização do trabalho fiscal e a recuperação mais rápida do tributo não pago, a Administração Pública institui presunções por meio de lei, ditas *presunções legais,* que se constituem fatos-base ligados à renda percebida e que permitem ao legislador impor a incidência tributária quando existentes e não contrapostos pelo contribuinte.

A presunção consiste na obtenção da ocorrência de um evento econômico com suporte na existência de outro com ele correlacionado.

Alfredo Augusto Becker[4], tratando sobre o conceito de presunção e ficção, ensinava que:

> "A observação do acontecer dos fatos segundo a ordem natural das coisas, permite que se estabeleça uma correlação natural entre a existência do fato conhecido e a probabilidade do fato desconhecido. A correlação *natural* entre a existência de dois fatos é substituída pela correlação lógica. Basta o conhecimento da existência de um daqueles fatos para deduzir-se a existência do outro fato cuja existência efetiva se desconhece, porém tem-se como provável em virtude daquela correlação natural."

E concluiu o ilustre autor sobre o conceito em análise que:

> "Presunção é o resultado do processo lógico mediante o qual do fato conhecido cuja existência é certa infere-se o fato desconhecido cuja existência é provável."

A existência de uma quantia depositada ou creditada em conta-corrente bancária constitui uma disponibilidade econômica de renda, pois o proprietário da conta pode dispor desse valor para os fins que desejar.

Essa disponibilidade pode constituir disponibilidade jurídica de renda caso seja devidamente justificada por documentação hábil e idônea, incluída no espectro de incidência do tributo, ou pode ser comprovada como decorrente de qualquer outro evento econômico fora desse ambiente. No entanto, estabelecida em lei a presunção, a prova em contrário cabe somente ao contribuinte.

Assim, depósitos ou créditos bancários, individualmente considerados, podem expressar a renda auferida e em poder do contribuinte, se não justificados por recursos não tributáveis ou rendimentos declarados.

---

[4] BECKER, Alfredo A. Teoria Geral do Direito Tributário, 2.ª Edição, RJ ,Saraiva, 1972, pág. 462.

Trata-se de presunção legal, relativa, tipo *júris tantum* , que possibilita ao Fisco atribuir fato gerador do tributo, caracterizado pela presença de renda, esta extraída dos depósitos e créditos bancários individuais, de origem não comprovada, nem justificada pelo beneficiário.

O ônus da prova é invertido porque o Fisco, seguindo a determinação legal, utiliza tais valores para presumir a renda, enquanto cabe ao contribuinte demonstrar e provar o contrário. Essa posição é reforçada pelo próprio fiscalizado que em sua peça impugnatória acrescentou documentos para justificar parte dos valores tomados pelo Fisco e, uma vez que estes comprovaram a origem não tributável dos respectivos créditos bancários, foram acatados em primeira instância.

Ademais, o CTN em seu artigo 44, afirma que a base de cálculo do tributo pode resultar da renda ou os proventos presumidos.

Alguns dos julgados administrativos trazidos pelo recorrente dizem respeito à lançamentos efetuados com lastro no artigo 6.º da lei n.º 8021/90, para o qual, a parte tocante a essa matéria, foi revogada pela lei n.º 9430/96, dada a ausência de regulamentação, que permitiu arbitramentos não condizentes com a verdade material pela ausência de análise individual dos depósitos e créditos bancários, e, também, pela publicação do artigo 42 do referido ato legal. Os demais, não permitem concluir a respeito de seus fundamentos uma vez que apenas as ementas integraram o recurso.

Os argumentos do recorrente contra a decisão de primeira instância também são dirigidos ao erro na manutenção do feito, pela presença de ilegalidade na quebra do sigilo bancário com o uso retroativo da lei nº 10.174, de 2001. Além dessa infração, estaria ilegal também pelo acesso aos dados bancários constituir ofensa às normas do artigo 5º, inc. X e XII da CF/88.

A lei n.º 9.311, de 1996 foi alterada pela lei n.º 10.174, publicada em 10 de janeiro de 2001, com vigência a partir dessa data, permitindo à Administração Tributária utilizar os dados da CPMF para a investigação de outros tributos. O texto anterior restringia o uso dessas informações, apenas, à fiscalização da própria contribuição. Havia vedação expressa quanto à extensão desse conhecimento à fiscalização de outros tributos.

Trata-se de questão inerente ao direito processual tributário e não ao direito tributário substantivo, pois voltada às formalidades necessárias ao procedimento e aos meios de investigação do Fisco, uma vez que o acesso a tais dados não permite o lançamento mas o aprofundamento das investigações sobre as atividades desenvolvidas pelos cidadãos brasileiros.

A exigência tributária não tem suporte na lei n.º 10.174/2001, nem na lei n.º 9.311, de 1996, mas no artigo 42 da lei n.º 9.430, de 1996, porque, como afirmado, esta se encontra vinculada ao direito substantivo.

Anteriormente à referida autorização, a Administração Tributária conhecia, via CPMF, eventuais discrepâncias entre a movimentação bancária de diversos cidadãos e a renda conhecida, mas devia levantar outros indícios significativos para que servissem de amparo à seleção do contribuinte e à investigação fiscal.

E, sabido que nem sempre a existência de depósitos e créditos bancários em volume maior que a renda declarada significam a presença de outros dados indicadores de omissão de rendimentos. Como sempre houve dificuldades para a elaboração de bancos de dados e formação de dossiês que permitissem a seleção segura e fiscalização com lastro no artigo 42 da lei n.º 9430/96, a investigação fiscal tornava-se morosa e improdutiva, mas não se encontrava impedida de conter lançamento do tributo amparado no referido dispositivo legal.

O que se vedava era a utilização dos dados da CPMF para a investigação fiscal de outros tributos, ou seja, restringia-se o poder de investigação do Fisco, mas não se proibia o lançamento com lastro em depósitos bancários, este amparado pelo artigo 42 da lei n.º 9430/96, vigente desde 1.º de janeiro de 1997.

Assim, verifica-se que até a publicação da lei n.º 10.174/2001 tais dados foram utilizados exclusivamente para a fiscalização da própria contribuição, o que demonstra o respeito à determinação legal vigente. A norma ampliadora do poder de investigação do Fisco, somente foi aplicada após a revogação da dita proibição, o que caracteriza sua eficácia "para frente", pois, frise-se, somente a partir dela, deflagaram-se procedimentos investigatórios com suporte nesses dados.

A extensão aos períodos ainda não atingidos pela decadência é uma conseqüência natural de seu caráter processual. Iniciado o procedimento investigatório a partir da publicação da referida autorização, não há qualquer empecilho para a investigação de períodos anteriores a ela, pois a vedação contida na lei anterior foi respeitada durante seu período de vigência.

A corroborar o entendimento, o artigo 144, do CTN, que permite em seu parágrafo primeiro, a utilização da lei mais recente quando esta traga novos critérios de apuração, ampliação dos poderes investigatórios do Fisco e a outorga de maiores garantias ou privilégios ao crédito. Ressalte-se que o parágrafo segundo desse artigo não obsta a aplicação do primeiro, pois determina a exclusão dos tributos lançados por períodos certos de tempo, como o imposto de renda, da determinação contida no caput sobre o lançamento reger-se pela lei então vigente, uma vez que, obedecendo ao princípio da anterioridade da lei, a norma referencial sempre tem vigência no período anterior ao da incidência.

Ademais, verifica-se que Iris R Techio, posteriormente à obtenção dos extratos bancários pelas autoridades fiscais, entregou esses documentos para compor o processo.

Rejeita-se o pedido por diligência em razão de que a norma do artigo 42, da lei nº 9.430, citada, constituir presunção legal na qual estando presentes concretamente os elementos nela previstos, presume-se percebida a correspondente renda pelo titular ou preposto da conta bancária, caso estes últimos não ofereçam provas em contrário, no sentido de que a origem de tais valores encontram-se externos à incidência do tributo.

Isto é, o ônus da prova é transferido ao sujeito passivo, motivo para que seja dispensável qualquer esclarecimento adicional por diligência. Ademais, verifica-se que as Autoridades Fiscais já tentaram obter dados adicionais para esclarecer sobre os fatos que deram origem a tais valores, enquanto da parte do sujeito passivo, apenas seguidos apelos pela inconstitucionalidade da verificação com suporte em dados bancários.

Os aspectos de inconstitucionalidade por ofensa às normas do artigo 5º, inc. X e XII, não serão objeto de análise neste voto, pois matéria adstrita ao Poder Judiciário, na forma do artigo 102, da CF/88.

As ações da Administração Pública estão vinculadas à lei posta, em decorrência da norma contida no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, bem assim, no artigo 5.º, II do mesmo diploma legal.

Trago, então a este voto, o princípio da separação de poderes insculpido no artigo 2.º da CF/88, que impõe a independência harmônica entre os poderes da União. Em contrário, uma ação do Poder Executivo no sentido de excluir a incidência de um determinativo legal, também constituiria invasão da competência atribuída ao Legislativo.

Caso no julgamento administrativo fosse interpretado no sentido de que a lei de fundo estaria afrontando as determinações constitucionais, equivaleria à criação de uma exclusão da incidência legal em vigor. Assim, o Poder Executivo

"legislaria", sem ter a competência para esse fim, e em ofensa aos princípios da legalidade e da separação de poderes.

Cabe esclarecer que tanto a jurisprudência, quanto a interpretação manifestada pela doutrina, constituem perspectivas sobre a matéria em litígio que auxiliam o julgador na formação de sua convicção, mas não se prestam para definir qual a posição mais adequada à lide.

Isto posto, **voto no sentido de rejeitar as preliminares de ilegitimidade passiva, irretroatividade da lei nº 10.174, de 2001, de ilegalidade da norma, e o pedido de diligência, e quanto ao mérito para negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões - DF, em 20 de outubro de 2005.

NAURY FRAGOSO TANAKA