

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

LADS/

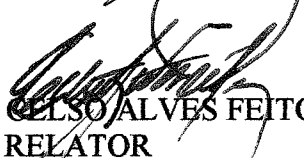
PROCESSO Nº : 11050-001.959/92-76
RECURSO Nº : 107.709
MATÉRIA : IRPJ - EXS DE 1990 e 1991
RECORRENTE : MARLEI R. DE OLIVEIRA & IRMÃO LTDA.
RECORRIDA : DRF em Rio Grande - RS.
SESSÃO DE : 20 de agosto de 1996
ACÓRDÃO Nº : 101-90.042

IRPJ - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - OMISSÃO DE RECEITA PRESUNÇÃO - É ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda a título de omissão de receitas tendo por base apenas extratos ou depósitos bancários por constituir simples presunção que não confere consistência ao lançamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MARLEI R. DE OLIVEIRA & IRMÃO LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar suscitada de nulidade e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


CELSON ALVES FEITOSA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 19 MAI 1997

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, RAUL PIMENTEL, SANDRA MARIA FARONI e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL. Ausente, justificadamente, o Conselheiro KAZUKI SHIOBARA.

PROCESSO : 11050/001.959/92-76

RECURSO : 107.709 IRPJ

RECORRENTE: MARLEI R. DE OLIVEIRA & IRMAO LTDA.

RECORRIDA : DRF EM RIO GRANDE - RS

Acórdão nº 101-90.042

Relatório

Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 02/03, em que é exigido o pagamento de Imposto de Renda Pessoa Jurídica relativo aos períodos-base de 1989 e 1990 (exercícios de 1990 e 1991), no montante de 21.560,94 UFIR, mais acréscimos legais, que perfazem um total de 95.261,99 UFIR, em face de omissão de receitas operacionais, caracterizada, por presunção legal, com base em depósitos bancários não contabilizados.

Quando da ação fiscal levada a efeito na contribuinte, verificou-se, por meio da análise dos livros contábeis da empresa, que não havia registros de movimento bancário.

Na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fl. 3), o autuante dá conta de que, por intermédio de ofício encaminhado ao Banco Itaú S/A (fl. 09), onde a Recorrente mantinha conta-corrente, solicitou-se o fornecimento de extratos bancários. De posse desses extratos, a contribuinte foi intimada a comprovar a origem dos valores depositados (fls. 11/19), o que não logrou fazer, em resposta à intimação (fl. 20).

Impugnando o feito, às fls. 80/88, a autuada requereu o cancelamento da autuação, sob as seguintes alegações:

Acórdão nº 101-90.042

- que o somatório das parcelas da exigência tributária é superior a todo o ganho da empresa, no período sob fiscalização, sendo assim desconsiderada a adequação do imposto à capacidade contributiva da autuada;

- que a ação fiscal embasou-se exclusivamente em depósitos bancários, tendo apontado a omissão destes nos registros contábeis da Recorrente, sem, todavia, desclassificar a escrita;

- que, com isso, afigurou-se o *bis in idem*, uma vez que o indigitado movimento bancário não é outro senão o resultado do faturamento ou de lucros comerciais, devidamente declarados na escrita da autuada;

- que é ilegal o lançamento com base exclusivamente nos extratos bancários, nos termos da Súmula 182 do Tribunal Federal de Recursos e do art. 9º, VII, do Decreto-Lei nº 2.471/88;

- que o Auto de Infração acresce de correção monetária o quantum lançado pelos índices de variação da TRD, a qual, segundo decisão do STF, não se presta como índice de correção monetária, pois apenas reflete as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo;

- que, às nulidades apontadas, deve ser acrescido o Of. nº 01/407/92 do Delegado da Receita Federal para o Banco Itaú S/A, que fere frontalmente o parágrafo 7º do art. 38 da Lei nº 4.595/64, ratificado pelo parágrafo 3º do art. 7º da Lei nº 8.021/90, por dar ciência a outros contribuintes do procedimento fiscal contra a Recorrente;

- que, quanto à afirmação no auto contestado de ter chegado às conclusões que apresenta por presunção

Acórdão nº 101-90.042

legal, é de se ressaltar que toda presunção, irmã siamesa da malícia, não traz certeza ou liquidez; é relativa, consequência apenas que se tira, erroneamente no mais das vezes, de um fato para provar outro fato, cuja verdade se pretende demonstrar, mas que, "(...) em tema de imposto de renda (...) só é legítima (a presunção) quando acompanhada de prova efetiva" - TRF, in MS 114.093, Reg. 7.977.484-SE.

Requeriu, ainda, que a Receita Federal demonstrasse que os valores apontados no movimento bancário da impugnante não são aqueles resultantes do movimento comercial e operacional registrados "nos livros contábeis analisados", cabendo ao Fisco, assim, o ônus da prova efetiva, e não presuntiva, esta baseada exclusivamente em extratos e movimentação bancária.

Aduziu, por fim, que, para a prova do *bis in idem* alegado impõe-se perícia, devendo a Receita indicar *expert* seu, permitindo à Recorrente a nomeação de assistente técnico. E que a negativa ao requerido implicará em cerceamento de defesa, com base no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Na informação fiscal de fls. 92/93, o autuante propõe a manutenção do lançamento e assevera:

- que, considerando-se a data em que o contribuinte entrou com a impugnação, 01.12.92, e a data em que foi intimado para comprovar a origem dos créditos bancários, 25.09.92, decorreram mais de sessenta dias, e ainda assim o contribuinte não provou, juntando documentos, a origem dos recursos;

- que, tendo em vista todas as provas materiais arroladas nos autos pela fiscalização, todas as

Acórdão nº 101-90.042

alegações da impugnante tiveram um fim apenas procrastinatório;

- que não tem fundamento o que a impugnante a requer à fl. 87 (a perícia contábil).

Na decisão recorrida (fls. 118/123), a autoridade de primeira instância julgou procedente o crédito tributário lançado, decorrente do Auto de Infração, sob a seguinte argumentação:

- que, para que se possa aplicar a regra do art. 9º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 2.471/88 e da Súmula 182 do TRF, necessário se torna que a exigência do tributo esteja unicamente em extratos bancários;

- que, se a fiscalização examinou a empresa e a intimou a apresentar a comprovação e documentação específica e envidou esforços para que explicasse a razão de os depósitos bancários superarem a receita declarada, os extratos bancários se prestam como prova da omissão de receitas;

- que é equivocada a interpretação dada pela impugnante à parcela do crédito tributário referente à TRD acumulada, quando a rotula de índice de correção monetária; referida parcela nada mais é do que o valor dos juros incidentes sobre o imposto, entre fevereiro e dezembro de 1991, consoante art. 30 da Lei nº 8.218/91;

- que, no que respeita à citada quebra de sigilo, o ofício do Delegado da Receita Federal ao gerente do Banco Itaú S/A era tão somente do conhecimento destes, ou seja, da autoridade fiscal que carecia das informações e do detentor destas;

Acórdão nº 101-90.042

- que, a despeito da argumentação de que a presunção não traz certeza ou liquidez, cabe frisar que os indícios são meios de prova especificamente arrolados pelo Direito Público, segundo o art. 239 do Código de Processo Penal;

- que presunção, segundo a doutrina dominante, é o efeito que determinada circunstância ou antecedente produz no ânimo do julgador quanto à existência do fato; é, pois, meio de prova, expressamente admitida pelo art. 136 do Código Civil e pelo art. 332 do Código de Processo Civil, bem como, implicitamente, pelo art. 29 do Decreto nº 70.235/72, ilidível contudo por prova em contrário, em face de sua própria natureza;

- que, se quem está incumbido de prestar a contraprova não o faz, ou faz através de documentos insubsistentes e de valor probante contestáveis, então aqueles indícios ganham corpo, firmando-se a convicção de estar-se diante de rendimentos obtidos pela própria empresa, em decorrência do exercício de seus objetivos sociais e que, para fugir ao crivo da tributação, foram convenientemente omitidos;

- que, à vista das provas e evidências constantes do processo, e sendo certo que a impugnante permaneceu tão somente no campo das alegações, não acrescentando aos autos nenhum fato novo, é irreprimível o procedimento fiscal e, desta forma, prescindível a perícia contábil

No recurso voluntário (fls. 126/135), a Recorrente requereu a desconstituição do procedimento administrativo-fiscal contra ela em desenvolvimento, bem como a anulação do Auto de Infração lavrado, alegando:

Acórdão nº 101-90.042

- que o Fisco desconsiderou, em princípio, quando da autuação, que o imposto é uma prestação de *zwe*, havendo de se constituir justo, conforme dispositivo constitucional, equívoco mantido na decisão recorrida;

- que desconheceu o Fisco que a Constituição Federal, ao mencionar a capacidade do contribuinte, refere-se à sua capacidade contributiva, não à sua capacidade econômica, não obstante o núcleo comum de ambas, o que implica na verificação da existência de densidade econômica para dimensionar a capacidade contributiva, a qual, *in casu*, foi aferida com base em suposições;

- que a identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades do contribuinte devem obedecer o princípio constitucional, sendo realizada nos termos da lei, respeitados os direitos individuais;

- que o lançamento, que se baseou em ato ilegal de quebra de sigilo bancário do contribuinte, fere o inc. 12 do art. 5º da Constituição Federal; a Lei nº 4.595/64, artigo 38, parágrafos 5º e 6º; o Código Penal, artigos 153 e 154; e a Lei nº 4.898/65, artigo 3º, letra "j"; citou jurisprudência;

- que a Receita embasa o pedido de quebra de sigilo bancário nos termos do parágrafo 5º do art. 38 da Lei nº 4.595/64, confundindo, maliciosamente, *procedimento administrativo* com *processo*, expressão registrada no texto da Lei referida;

- que a quebra do sigilo bancário do contribuinte resultou na violação do disposto na Súmula 182 do TRF, desde que os lançamentos fiscais foram arbitrados, como se vê do auto, em decorrência da obtenção ilegal de extratos e depósitos bancários;

Acórdão nº 101-90.042

- que é pueril a argumentação de que não se trata de tributação de depósito em si, para descaracterizar a desobediência legal; como é inconsistente a alegação de que o conhecimento por terceiros do pedido ilegal feito ao Banco Itaú não caracteriza quebra de sigilo; que ocorreram, depois de conhecido o fato, restrições de crédito à autuada nunca antes verificadas;

- que é juridicamente herética a assertiva de que fazem os depósitos prova *iuris tantum*, admitindo, portanto, contraditório, quando o que se discute é a ilegalidade do ato da Receita;

- que não se reveste de seriedade a busca forçada no Código de Processo Penal para justificar a presunção que preside todo o auto; justifica com transcrição de parte de Acórdão do TRF, segundo o qual "(...) em tema de Imposto de Renda (...) só é legítima a presunção quando acompanhada de prova efetiva".

Repete os termos da contestação do uso da IRD, com base em jurisprudência do STF, insiste na tese de quebra de sigilo e reprisa argumentos contrários à presunção.

é o relatório.

Acórdão nº 101-90.042

Voto.

A Recorrente alega violação ao sigilo bancário, esquecendo-se do disposto no artigo 197 e seguintes do Código Tributário Nacional. Sobre ele, assim se pronunciou o saudoso Aliomar Baleeiro:

"O art. 197 reitera a obrigação de prestar informações sobre bens, negócios ou atividades de terceiros, impostas aos que lhes prestam determinados serviços, como notários e serventuários da justiça ou de registros públicos; estabelecimentos bancários e instituições financeiras; empresas de administração de bens (incluindo-se o procurador profissional, ainda que não constituído em empresa)... Todos esses têm o dever de informar independentemente de disposição especial em lei." (Direito Tributário Brasileiro, pág. 619)

Portanto, plenamente justificado o critério adotado pelo Fisco.

Afastada a preliminar de nulidade, a questão a ser enfrentada diz respeito à exigência do imposto com base em depósitos bancários.

De acordo com a "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal" de fl. 3, quando da ação fiscal levada a efeito na contribuinte, verificou-se, por meio da análise dos livros contábeis da empresa, que não havia registros de movimento bancário.

Acórdão nº 101-90.042

Constatado o fato, o Agente da Fiscalização poderia ter considerado a escrita imprestável para a determinação do lucro real e, assim, desclassificando-a, com o conseqüente arbitramento de lucro.

Todavia, não o fez: preferiu tomar os depósitos bancários não contabilizados como omissão de receita, e exigir o imposto nesses termos.

Dai porque a ponderação do julgador de primeira instância, na decisão recorrida (fl. 120), segundo a qual "no que concerne à alegada ilegalidade do lançamento com base exclusivamente em depósitos bancários, é oportuno esclarecer que *não se trata da tributação destes em si*, como fato gerador do imposto de renda, na verdade, o que se cogita é da apuração das receitas omitidas, das quais os depósitos bancários constituem prova *juris tantum*".

No mérito, convém, então, lembrar que o extinto Tribunal Federal de Recursos, por meio da já citada Súmula nº 182 (DJU de 07.10.85), firmou o entendimento de que é ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários.

Ainda a respeito ao tema, peço vênias para repetir trecho do voto proferido pelo ilustre Min. Geraldo Sobral no Acórdão unânime da 5ª Turma do mesmo TRF (DJU de 10.09.85):

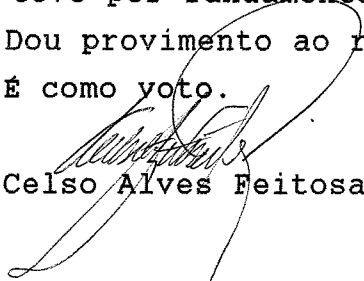
"Tenho entendimento firmado no sentido de que os depósitos bancários constituem o marco inicial da apuração fiscal e não o seu fim, pois a Fazenda Nacional deve levantar elementos suficientes que possam dar consistência ao lançamento, de modo a afastar a simples presunção, proporcionando, dessa maneira, o cumprimento dos princípios da legalidade e tipificação. Na espécie sob julgamento, o Fisco baseou o seu lançamento nos depósitos bancários, conforme se verifica do auto de infração acostado às fls. (...), deixando de colher outros subsídios que demonstrassem a omissão de rendimentos."

Acórdão nº 101-90.042

Assim, fica afastada a tributação que, no caso específico teve por fundamento os depósitos bancários.

Dou provimento ao recurso.

É como voto.


Celso Alves Feitosa - relator

