



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

Processo nº 13984.000185/2002-48
Recurso nº 138.264 Voluntário
Acórdão nº 2101-00.421 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de fevereiro de 2010
Matéria IRPF
Recorrente IRINEU LUIZ MARTARELLO
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 1999

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. RETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. POSSIBILIDADE – A Lei Complementar nº 105, de 2001, por tratar de aspectos processuais da atividade do lançamento tem aplicação imediata, não oferecendo conflitos de direito intertemporal. Destarte, revela-se descabida a arguição de nulidade em decorrência da quebra do sigilo bancário realizado em procedimento fiscal em consonância com a referida Lei Complementar.

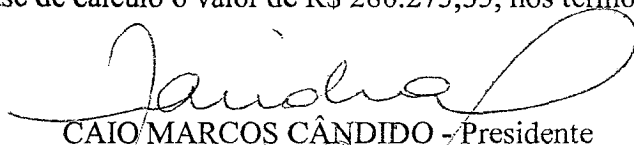
DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantida junto a instituição financeira, quando não forem comprovados a sua origem.

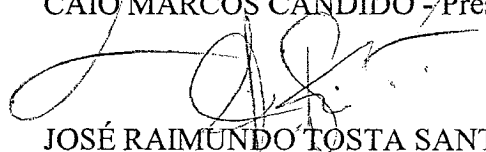
Preliminares rejeitadas.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em REJEITAR as preliminares e, no mérito, em DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo o valor de R\$ 280.273,55, nos termos do voto do Relator.


CAIO MARCOS CÂNDIDO - Presidente


JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS - Relator

EDITADO EM: 18 JUN 2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros José Raimundo Tosta Santos, Caio Marcos Cândido, Ana Neyle Olímpio Holanda, Alexandre Naoki Nishioka, Gonçalo Bonet Allage e Robinson Passos de Castro e Silva.

Relatório

O Recurso Voluntário em exame pretende a reforma do Acórdão DRJ/FNS nº 3.087, de 18/09/2003 (fls. 1506/1518), que, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares argüidas, rejeitou o pedido de realização de perícia e, no mérito, julgou procedente o lançamento.

As infrações indicadas no lançamento e os argumentos de defesa suscitados pelo interessado foram sumariados pela pelo Órgão julgador a quo, nos seguintes termos:

Por meio do Auto de Infração de fls. 147 e 148, integrado pelos demonstrativos de fls. 149 e 150, exige-se do contribuinte acima qualificado a importância de R\$ 505.398,70, a título de Imposto de Renda Pessoa Física, ano-calendário de 1998, acrescida de multa de ofício de 150% e juros de mora devidos à época do pagamento.

Procedimento Fiscal

Em consulta ao "*Termo de Verificação Fiscal Final*" (fls. 152 a 163), verifica-se que a autuação deu-se em razão da apuração de omissão de rendimentos recebidos de pessoa jurídica e omissão de rendimentos proveniente da falta de comprovação de depósitos bancários em conta corrente do contribuinte, no ano-calendário 1998.

A ação fiscal teve início em 06.04.2001 (vide AR fl. 14), mediante termo de fl. 30, no qual foram solicitados os extratos bancários relativos às movimentações financeiras efetuadas pelo contribuinte nos Bancos Itaú e Santander Meridional no ano-calendário 1998, assim como a comprovação da origem dos recursos depositados. O prazo inicial de 20 dias para apresentação da documentação solicitada foi prorrogado inicialmente por 30 dias e depois por mais 15 dias, atendendo aos pedidos do contribuinte (fls. 31 e 32).

Em atendimento às intimações, conforme relatado pelo autuante às fls. 153 e 154, o contribuinte apresentou os extratos bancários solicitados, notas fiscais e faturas (fls. 96, 131 a 146), declarações das empresas para as quais teria prestado serviços no ano-calendário 1998 (fls. 33 a 36) e demonstrativos de origem de recursos depositados nas contas correntes sob fiscalização (fls. 37 a 52), nos quais informa os valores recebidos a título de comissão, no montante de R\$ 53.300,00.

Mediante Termo de Intimação nº 40/2001 (fls. 53 e 54), o interessado foi instado a apresentar cópia autenticada dos documentos relativos os depósitos bancários e dos cheques compensados, referentes ao mês de maio de 1998, cujos valores fossem iguais ou superiores a R\$ 1.000,00, assim como a explicar o cálculo das comissões que alega ter recebido, esclarecendo se o valor é líquido ou bruto. Depois de apresentar um pedido de prorrogação de prazo (fl. 56), o contribuinte esclareceu à fl. 57 que o valor das comissões é bruto e que corresponde a 1% do valor da mercadoria comprada e R\$ 300,00 por caminhão desembarçado. Segundo relato do autuante (fl. 154), o contribuinte apresentou na mesma ocasião cópia dos cheques por ele emitidos no mês de maio de 1998 e a declaração de fl. 58 a fim de justificar a não apresentação dos documentos relativos aos depósitos efetuados em suas contas correntes.



Novamente intimado a apresentar os documentos relativos aos depósitos bancários efetuados no mês de maio de 1998 (fl. 59), o contribuinte informou que *“não obtive atendimento ao pedido dos documentos solicitados junto ao BANCO SANTANDER MERIDIONAL DO BRASIL, e tão logo tiver pronunciamento do Banco comunicarei a este órgão.”* (fl. 61), anexando, ainda, declaração do Banco Itaú (fl. 62) na qual a referida instituição financeira declara ser impossível fornecer os documentos solicitados.

Atendendo ao Termo de Intimação nº 42/2001 (fls. 63 e 64), no qual foi solicitado esclarecer, por escrito, como se efetivaram os atos negociais que o contribuinte alegava exercer, assim como a apresentação de demonstrativo dos cálculos das comissões recebidas, ele declarou que (vide fls. 65 a 67):

1 – Quanto a contrato e negociação sempre foram realizadas por telefone, conforme ligações, na maioria das vezes efetuadas pelos clientes.

Quanto a fechamento e pagamentos, V. Sas., possuem em mãos os extratos de minhas contas correntes bancárias.

Quanto às partes envolvidas, conforme relação de pagamentos de comissões e despachos aduaneiros em anexo.

2 – Seque em anexo relações de demonstrativos de comissões exercício 1998.

Intimado, uma vez mais a comprovar a origem, de forma individualizada, cada um dos depósitos bancários efetuados em suas contas e a prestar outros esclarecimentos relacionados com sua movimentação bancária (fls. 68 a 79), o interessado apresentou a resposta de fl. 80, alegando que já havia apresentado anteriormente a documentação solicitada e que os débitos registrados em sua conta corrente referiam-se a *“valores repassados para compra de mercadorias, pagamentos de impostos e outros serviços.”* Informou, ainda, que não negociava diretamente com fornecedores estrangeiros e que, quanto aos cheques por ele emitidos em favor de diversos bancos, não tinha conhecimento para onde foram repassados, pois haviam sido emitidos ao portador.

Em razão da não apresentação da documentação bancária solicitada, a fiscalização apresentou diretamente ao Banco Itaú a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (fls. 81 a 87). Em resposta, a teor do relato fiscal, o referido banco apresentou os esclarecimentos de fls. 88 e 89 e cópia dos documentos de depósitos e de cheques compensados.

Intimado, uma última vez, a comprovar a origem dos depósitos bancários efetuados em suas contas correntes e a prestar esclarecimento quanto aos cheques por ele emitidos (fls. 104 a 127), o contribuinte não se manifestou.

A fiscalização verificou, também, que o contribuinte apresentou declaração de ajuste anual referente ao ano-calendário 1998, em 24.04.2001, após o início da ação fiscal (fl. 129, 130 e 156), e pagou o imposto apurado no valor de R\$ 1.406,40, o qual, como se observa pelo demonstrativo de fl. 149, já foi deduzido do imposto exigido no presente lançamento.

Diante dos fatos acima relatados, a fiscalização efetuou o lançamento referente à omissão de rendimentos recebidos de pessoas jurídicas, no valor de R\$ 53.300,00, e à omissão de rendimentos decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada, no montante total de R\$ 1.805.336,76, conforme descrito às fls. 156 a 163, aplicando a multa de ofício agravada de 150%, estabelecida no inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Os dispositivos legais infringidos constam do referido Auto de Infração.

Encerrando os trabalhos fiscais, foi elaborada Representação Fiscal Para Fins Penais, protocolizada sob o nº 13984.000269/2002-81, em cumprimento ao disposto na Portaria SRF nº 2.752, de 11 de outubro de 2001.

Impugnação

Inconformado com o lançamento, o contribuinte interpôs a impugnação de fls. 167 a 182, apresentada por seu procurador conforme instrumento de mandado de fl. 183 e instruída com os documentos de fls. 184 a 774, expondo suas razões de irresignação.

Preliminarmente, às fls. 168 a 170, o interessado alega em sua defesa que as instituições financeiras teriam se recusado a fornecer-lhe cópia dos cheques compensados e demais documentos relativos aos depósitos efetuados em sua conta corrente, sem os quais ficou impedido de apresentar as provas que lhe foram solicitadas, requerendo que estas sejam oficiadas a fornecerem a documentação solicitada. Requer, ainda, a nomeação de um perito *“para efetuar todo o rastreamento, e a origem do dinheiro e o destino final, e qual o lucro que Impugnante obteve com a transação comercial, que este participou como corretor...”*.

No item “DESCRIÇÃO DOS FATOS GERADORES DA NOTIFICAÇÃO” (fls. 170 a 177), descreve a ação fiscal reproduzindo parcialmente o “Termo de Verificação Fiscal Final”.

Em seguida, no item intitulado “DA VERACIDADE DOS FATOS” (fls. 177 a 179) alega o impugnante ser um corretor de cereais que presta serviços para várias empresas na aquisição de produtos agrícolas (em especial alho da Argentina), recebendo uma comissão pelo trabalho realizado. Aduz, ainda, que utiliza suas contas bancárias para intermediar as transações, efetuando a aquisição da mercadoria e o pagamento das demais despesas à medida que o dinheiro entre em sua conta. Contudo, se declara incapaz de saber quem faz os depósitos, pois no extrato bancário não consta quem é o depositante.

Entende que caberia ao fisco analisar se houve a operação, qual o valor pago pelo produto, qual a relação existente entre o adquirente e o depositante, se houve alguma transação comercial entre o adquirente e o depositante. Outro fato que deixou de ser observado pela fiscalização foi o destino final dado ao numerário que passou pelas contas correntes do contribuinte. Acrescenta, ainda, que tendo em vista a recusa da instituição financeira em fornecer ao impugnante a documentação solicitada, caberia à autoridade autuante requerê-la e juntá-las aos autos, o que não teria ocorrido.

Finalmente, às fls. 179 a 182 (item “DO DIREITO”), baseando-se nos artigos mencionados no enquadramento legal do presente auto de infração, o contribuinte questiona o lançamento sob a alegação de que o imposto é devido sobre rendimento ou ganho de capital e não sobre movimentação bancária. Alega, ainda, que as empresas que adquiriram produtos por intermédio do impugnante recolheram o imposto devido e que seu rendimento bruto é a comissão que ganhou pelo serviço prestado, devendo apenas sobre esta incidir a tributação e não sobre os depósitos efetuados em suas contas correntes. Por derradeiro, afirma que apresentou todos os documentos que estavam ao seu alcance, deixando apenas de juntar aos autos as cópias dos cheques de depósitos e demais documentos que a instituição financeira, embora tivesse solicitado, não lhe forneceu, impedindo-o de provar quanto realmente era seu rendimento decorrente do trabalho de corretor.

Ante ao exposto, requer o interessado sejam intimadas às instituições financeiras a apresentarem cópia dos cheques compensados e demais documentos relativos aos depósitos efetuados em sua conta corrente, necessários ao deslinde do feito, e, após apresentação dos documentos, a nomeação de um perito.

Diligência

Tendo em vista a alegação do contribuinte de que não teria tido acesso às cópias dos cheques compensados e demais documentos relativos aos depósitos efetuados em sua conta corrente e de que tais documentos não se encontram anexados aos autos, nem há evidência de que ele tenha sido notificado dos mesmos, foi solicitada a diligência de fl. 783, para que fosse anexada toda a documentação fornecida pelas instituições financeiras que embasaram o presente lançamento (cópia de extratos, comprovantes de depósitos, cheques compensados etc).

Atendendo à solicitação, a autoridade lançadora, anexou os extratos bancários de fls. 786 a 859, e os cheques compensados de fls. 860 a 1486, dando ciência dos mesmos ao contribuinte e concedendo-lhe prazo para aditamento da impugnação, se assim o desejasse (fls. 1488 e 1495).

Aditamento à Impugnação

Cientificado dos documentos anexados às fls. 786 a 1486, o contribuinte apresentou a petição de fls. 1498 a 1504, argumentando, inicialmente, que pelos saldos bancários existentes no final de 1997 e 1998 (contas praticamente zeradas), estaria comprovado que todo o numerário depositado nas contas correntes, referentes às transações efetuadas, foi utilizado na emissão de cheques para saldar esses compromissos e muitos, também, para o pagamento de suas despesas pessoais e dos familiares, ficando evidente que a diferença entre o total dos depósitos e o total dos pagamentos dos compromissos assumidos corresponde às comissões e corretagem pelos serviços prestados.

Aduz, ainda, que naquela época seu único patrimônio era um automóvel Vectra 1997, o qual lhe pertence até hoje, e que continua exercendo a atividade de corretor autônomo.

Em seguida, elabora um demonstrativo, totalizado mensalmente, das notas fiscais, das despesas com despacho, impostos e fretes, dos depósitos efetuados nas contas correntes e do saldo de comissões e corretagem, durante o ano de 1998, fazendo as seguintes observações:

1º) quando os valores das notas fiscais eram elevados estes foram pagos diretamente pelo importado e não pelo contribuinte, o que explica a diferença entre o total das notas fiscais e os depósitos nas contas correntes;

2º) foi apurado um total de comissão e corretagem no valor de R\$ 137.908,43 que ele próprio contesta, pois foram somados todos os depósitos do Banco Meridional, conta corrente e poupança, no valor total de R\$ 78.548,95, que são valores em dobro.

Esclarece que tendo saldo de comissão, transferia do Banco Itaú para sua conta de despesas pessoais no Banco Meridional e quando esta tinha saldo, transferia para a maxpoupança. Segundo seus cálculos, do valor por ele próprio apurado (R\$ 137.908,43), deduzidos os valores considerados em duplicidade e o total das comissões e corretagens já comprovados pelos clientes (R\$ 53.330,00), a diferença de R\$ 6.029,48 corresponderia a saques e pagamentos de despesas particulares do impugnante e sua esposa.

Requer, por fim, “a expedição da notificação da diferença de R\$ 53.330,00 para R\$ 25.220,00 igual a R\$ 28.110,00 (vinte e oito mil, cento e dez reais).”

Ao apreciar o litígio, o Órgão julgador de primeiro grau manteve integralmente o lançamento, resumindo o seu entendimento na seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 1998

Ementa: DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1998

Ementa: PERÍCIA. INDEFERIMENTO – É de se indeferir a solicitação de perícia quando não for necessário o conhecimento técnico complementar, não podendo servir para suprir a omissão do contribuinte na produção de provas que ele tinha a obrigação de trazer aos autos.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1998

Ementa: PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA - As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

Lançamento Procedente

Em sua peça recursal às fls. 1527/1537, o recorrente repisa as mesmas questões suscitadas em seu aditamento à peça impugnatória (fls. 1498 a 1504), e acrescenta pedido pela nulidade do lançamento, devido à quebra do seu sigilo bancário sem autorização judicial e em período anterior ao ano de 2001, uma vez que a lei não pode retroagir.

Arrolamento de bens efetuado de ofício (Processo de nº 13984.000268/2002-37 – fl. 1546).

Foi realizada diligência, nos termos da Resolução de nº 102-02.361, às fls. 1573/1581.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, Relator

O recurso atende os requisitos de admissibilidade.

A Constituição Federal de 1988 trouxe determinação autorizativa à Administração Tributária para que, na busca da imposição justa dos impostos, identificasse o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, nos termos da lei¹.

¹ CF/88 - Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...)



O Imposto de Renda é um tributo anterior à CF/88, por ela foi mantido conforme artigo 153, III, e se amolda perfeitamente aos requisitos contidos no artigo citado no parágrafo anterior.

Anteriormente à CF/88, as normas contidas no artigo 38, § 5.º e 6.º, da lei n.º 4.595, de 1964⁽²⁾, permitiam aos representantes da Administração Tributária o acesso a tais dados nas atividades fiscalizatórias, quando considerados imprescindíveis e desde que houvesse processo instaurado, este entendido o Judicial, em razão de a CF/46 excepcionar o processo administrativo, considerando processo com as devidas garantias do contraditório e ampla defesa apenas o desenvolvido na esfera judicial.

Referido artigo permaneceu vigendo após a promulgação da nova Carta³, pois não continha norma contrária àquelas protetoras dos direitos individuais e se encontrava amparado pela norma contida no artigo 145, § 1.º, citado.

Assim, dita norma, após 5 de outubro de 1988, adquiriu nível de lei complementar em razão de ausência de outro ato regulador específico e de a nova Carta exigir que essa área econômica fosse jungida à ato legal desse nível⁴.

A interpretação da Administração Tributária para essa questão encontra-se posta no Regulamento do Imposto de Renda – RIR, aprovado pelo Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999, no artigo 918, que contém norma extraída do artigo 38, da lei n.º 4.595, de 1964, e do artigo 8.º da lei n.º 8.021, de 1990⁽⁵⁾.

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

² Lei n.º 4.595, de 1964. Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 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 serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

³ CF/88 – ADCT - Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

(...)

§ 3º - Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto.

§ 4º - As leis editadas nos termos do parágrafo anterior produzirão efeitos a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional previsto na Constituição.

§ 5º - Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §3º e § 4º.

⁴ CF/88 - Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: (...).

⁵ RIR/99 - Art. 918. Iniciado o procedimento fiscal, os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional poderão 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 1964 (Lei nº 4.595, de 1964, art. 38, §§ 5º e 6º, e Lei nº 8.021, de 1990, art. 8º).



A norma do artigo 38, da lei nº 4.595, de 1964, compôs a matriz legal em razão de a nova Carta, no inciso LV, do artigo 5º, assegurar aos litigantes em processo administrativo a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, determinação que permite interpretação no sentido de que o processo administrativo reveste-se de características de um devido processo legal, como determinado no inciso LIV do mesmo artigo⁶. E, nessa linha, o termo processo, a que se reportava a primeira citada, passou a alcançar o processo administrativo.

Não somente a referida norma possibilitava o fornecimento de informações, como aquela contida no artigo 2º do Decreto-lei nº 1.718, de 1979⁽⁷⁾.

O artigo 8º da lei nº 8.021, de 1990⁽⁸⁾, conteve autorização para que, após iniciado o procedimento fiscal, os extratos bancários do contribuinte, e outras informações pudessem ser obtidas pela Administração Tributária, excluindo a aplicação da norma contida no artigo 38, da lei nº 4.595, de 1964. O texto legal dessa norma foi publicado durante a vigência da CF/88, e não foi analisado pelo Poder Judiciário para fins de verificação de sua constitucionalidade.

Então, para os responsáveis pela instituição financeira, a obrigação de prestar as informações solicitadas pela Autoridade Fiscal e em cumprimento do poder concedido pela dita norma, constitui conduta decorrente do princípio da legalidade, presente no artigo 5º, II, da CF/88, enquanto para a Autoridade Fiscal, a exigência deve ser efetivada porque seus atos são vinculados à norma posta, na forma do artigo 37, da CF/88.

Assim, eventual recusa somente poderia ocorrer mediante intervenção do Poder Judiciário.

Poderiam, então, interpretar de forma contrária, ou seja, pela invalidade da dita norma em razão de estar contida em ato legal da espécie lei ordinária para a qual vedada a oposição a determinativo de nível superior, no artigo 38, da lei nº 4.595, de 1964, que foi acolhida pela nova Carta como lei complementar.

O que ocorre, no entanto, é que o artigo 8º da lei nº 8.021, de 1990, apenas, consolidou a posição do legislador constituinte a respeito do termo processo, incluindo no significado deste, o processo administrativo.

Posteriormente à lei nº 8.021, de 1990, promulgada a Lei Complementar nº 105, de 2001, que regulamentou o sigilo bancário e conteve, entre outras situações, a definição da abrangência do termo “instituições financeiras”, a delimitação das situações em que requerida a intervenção do Poder Judiciário para obtenção dos dados bancários e aquelas em

⁶ “Em suma, a Administração Fazendária, quando quer apurar a prática de eventuais irregularidades por parte de um contribuinte para, se for o caso, sancioná-lo, *deve necessariamente* observar um *processo legal*, em que se enseje ao interessado o exercício do direito à ampla defesa, com os meios (provas) e recursos (duplicidade de instância) a ela inerentes.” CARRAZZA, Roque Antonio, Curso de Direito Constitucional Tributário, 16.ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2001, pág. 392.

⁷ Decreto-lei nº 1.718, de 1979 - Art 2º Continuam obrigados a auxiliar a fiscalização dos tributos sob a 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 da 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, pessoas ou empresas que possam, por qualquer forma, esclarecer situações de interesse para a mesma fiscalização.

⁸ Lei nº 8.021, de 1990 - 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.

que o fornecimento destes implicaria em quebra do sigilo, nesta última inserida a informação dos dados da CPMF, § 2.º, do artigo 11 da lei n.º 9.311, de 1996.

Ainda, a autorização para que ditas instituições informem à Administração Tributária, detalhadas por tipo e montantes, as operações financeiras praticadas pelos usuários dos serviços⁹, e, em caso destas indicarem indícios de infrações à legislação tributária, o poder para a Autoridade Fiscal buscar todos os documentos necessários à verificação junto à fonte financeira¹⁰.

Essa lei trouxe o processo administrativo e o procedimento fiscal em curso como um dos requisitos fundamentais para a obtenção desses dados financeiros.

Observe-se que a inovação consistiu (a) na inserção da presença incontestada de um provável desvio de conduta praticado pelo usuário dos serviços da instituição financeira, este constatado em confronto com dados internos da Administração Tributária, (b) na proteção aos dados sigilosos do usuário no primeiro momento em que as informações forem prestadas em blocos, separados por tipos de operações, e (c) na *desvinculação* da autorização judicial para fins de obtenção desses dados, de forma analítica, quando detectada a provável conduta ilegal.

Postos estes esclarecimentos, claro está que, após a promulgação desse ato legal e observados os requisitos nele contidos, o acesso aos dados bancários pode ser efetuado pela Administração Tributária.

Conclui-se, também, que no período anterior a ele, em cumprimento da norma contida no artigo 8.º da lei n.º 8.021, de 1990, poderia também a Administração Tributária requisitar as ditas informações enquanto caberia ao responsável pela instituição financeira cumprir a norma, ou, então, buscar o amparo do Poder Judiciário para proteção aos direitos individuais sob sua guarda.

Resta, ainda, analisar a extensão dos efeitos da LC n.º 105, de 2001, aos fatos ocorridos em momento anterior à sua publicação.

O acesso aos dados financeiros constitui uma das formas de obtenção de elementos para configurar os fatos econômicos possíveis de subsunção à hipótese de incidência do tributo. Assim, dita norma insere-se no campo do Direito Adjetivo ou Direito Processual Tributário, característica que lhe permite ação sobre os fatos pendentes, nessa modalidade

⁹ Lei Complementar n.º 105, de 2001 - Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.(Regulamento)

(...)

§ 2º As informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

¹⁰ LC 105, de 2001 - Art. 5º (...)

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.



incluídos aqueles jungidos à espécie “lançamento por homologação”, enquanto não efetivada a confirmação, pela Administração Tributária sob a forma expressa de *homologação*, do procedimento efetivado pelo contribuinte, ou decaído o direito de constituir o crédito pelo representante do sujeito ativo. A fundamentar a posição o § 1.º do artigo 144, da lei .º 5.172, de 1966, CTN¹¹.

O cumprimento das normas legais acima transcritas, além de correta, era obrigatória, em razão do caráter vinculado da atividade fiscal. Portanto, tendo sido os extratos bancários solicitados nos termos do artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, não há que se falar em provas ilícitas por quebra de sigilo bancário, nem violação de norma constitucional.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que a Legislação dá ao Fisco esta prerrogativa, ela impõe aos servidores públicos que vierem a ter conhecimento, por dever de ofício, das informações bancárias e mesmo àquelas protegidas pelo manto do sigilo fiscal – sérias restrições, inclusive com a tipificação penal do ato de revelar fato de que tenha ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo:

Ainda sobre possível violação da ordem constitucional pela Lei Complementar nº 105, de 2001, vale ressaltar que o lançamento é ato administrativo de aplicação da norma tributária ao caso concreto. Não caberia, portanto, à fiscalização se posicionar acerca da inconstitucionalidade da lei que o embasou o procedimento fiscal. Presume-se, inclusive, que os princípios constitucionais tributários e também os garantidores de direitos fundamentais encontrem na lei sua aplicação imediata. Antes de ser aprovada pelo Congresso Nacional o projeto de lei tramita por várias comissões que aquilatam sua constitucionalidade. Após essa fase, o presidente da República a sanciona. Ao poder Judiciário, cumpre velar pela constitucionalidade das leis, através do controle *a posteriori*. No âmbito do processo administrativo tributário, o Primeiro Conselho de Contribuintes editou a Súmula nº 02. Confira-se:

Súmula 1ª CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Não é outro o balizado pronunciamento do professor Hugo de Brito Machado (Temas de Direito Tributário, Vol. I, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994, p. 134) sobre a matéria:

(...) Não pode a autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei ante o argumento de ser ela inconstitucional. Se não cumpri-la sujeita-se à pena de responsabilidade, artigo 142, parágrafo único, do CTN. Há o inconformado de provocar o Judiciário, ou pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada.

Este Colegiado reiteradamente tem se manifestado pela possibilidade de acesso às informações financeiras dos contribuintes, com amparo na Lei Complementar nº 105, de 2001, inclusive em relação aos fatos ocorridos em momento anterior à sua publicação, nos

¹¹ CTN – Lei n.º 5.172, de 1966 - Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

df

termos do § 1º do artigo 144 do CTN. O acesso aos dados financeiros constitui uma das formas de obtenção de elementos para configurar os fatos econômicos possíveis de subsunção à hipótese de incidência do tributo. Assim, dita norma insere-se no campo do Direito Adjetivo ou Direito Processual Tributário, característica que lhe permite ação sobre os fatos pendentes.

Existem diversos tipos de informações pessoais que a lei obriga ou permite que sejam comunicadas aos poderes públicos em diversos momentos da vida do cidadão. Por exemplo, o patrimônio individual deve ser informado na declaração de ajuste anual, os rendimentos devem ser informados pelas fontes pagadoras. Em nenhum destes casos está sendo violados princípios constitucionais garantidores de direitos fundamentais.

Por outro lado, cabe ressaltar que o nosso ordenamento constitucional, na medida em que prevê a proteção à privacidade, igualmente chancela, no seu art. 145, parágrafo 1º, o direito da administração pública de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. É desnecessário afirmar que sobre a administração tributária também pesa o dever do sigilo.

Neste contexto, o jurista Hugo Brito de Machado se pronunciou: “não tivesse a Administração Pública a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, não poderia tributar, a não ser na medida em que os contribuintes, espontaneamente, declarassem ao fisco os fatos tributáveis. O tributo deixaria de ser uma prestação pecuniária e compulsória, para ser uma prestação voluntária, simples colaboração do contribuinte, prestada ao Tesouro Público” (Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 18 – Editora Resenha Tributária – São Paulo/1993).

No mesmo diapasão, o Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Nacional Aldemário Araújo Castro, no artigo intitulado “A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela Lei Complementar nº 105/2001”, disponível na Internet no “site” <http://www.aldemario.adv.br>, destaca, com propriedade que:

Importa ainda ressaltar que o conhecimento das operações bancárias pelo Fisco não significa quebra do sigilo bancário. A idéia de quebra está relacionada com a comunicação ou informação prestada a terceiros, de forma ampla, dos dados protegidos. Não há quebra quando as informações são transferidas, por razões juridicamente aceitáveis, com a manutenção do traço sigiloso por parte do novo conhecedor. Assim, quando o Fisco toma conhecimento de informações financeiras dos contribuintes não o faz com o intuito ou com o fim de divulgá-las para terceiros. Pelo contrário, todos os agentes fiscais estão obrigados a resguardar as informações manuseadas sob pena responsabilidade penal e administrativa.

A despeito desta questão ainda não estar definida no âmbito do Poder Judiciário, havendo decisões que atendem a teses divergentes, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em recente decisão, datada de 02/12/2003, exarada no Recurso Especial nº 506.232-PR, cuja ementa é a adiante transcrita, também já decidiu pela retroatividade da referida norma, devido à sua natureza procedimental:

TRIBUTÁRIO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA



CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN.

1. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que permeiam a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001.

2. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.

3. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.

4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "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 os referentes 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."

5. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

6. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.

7. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.

h

8. *Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.*

9. *Recurso Especial provido.*

Feitas estas considerações, rejeita-se a preliminar de nulidade do lançamento pela obtenção dos dados bancários independente da autorização judicial e pela aplicação retroativa da Lei Complementar nº 105/2001.

No mérito, a tributação com base em depósitos bancários, a partir de 01/01/97, é regida pelo art. 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, publicada no DOU de 30/12/1996, que instituiu a presunção de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprovasse mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações. Confira-se:

Art.42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento 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.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II -no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).(Alterado pela Lei nº 9.481, de 13.8.97).

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou

fl.

fl.

receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002).

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002).

O fato gerador do imposto de renda é sempre a renda auferida. Os depósitos bancários (entrada de recursos), por si só, não se constituem em rendimentos. Daí por que não se confunde com a tributação da CPMF, que incide sobre a mera movimentação financeira, pela saída de recursos da conta bancária do titular. Por força do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, o depósito bancário foi apontado como fato presumitivo da omissão de rendimentos, desde que a pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados na operação.

Alfredo Augusto Becker¹², alicerçado na doutrina francesa e espanhola, ao distinguir presunção legal e ficção legal, assim escreveu:

Existe uma diferença radical entre a presunção legal e a ficção legal. 'A presunção tem por ponto de partida a verdade de um fato: de um fato conhecido se infere outro desconhecido. A ficção, todavia, nasce de uma falsidade. Na ficção, a lei estabelece como verdadeiro um fato que é provavelmente (ou com toda a certeza) falso. Na presunção a lei estabelece como verdadeiro um fato que é provavelmente verdadeiro. A verdade jurídica imposta pela lei, quando se baseia numa provável (ou certa) falsidade é ficção, quando se fundamenta numa provável veracidade é presunção legal'.

A regra jurídica cria uma presunção legal quando, baseando-se no fato conhecido cuja existência é certa, impõe-se a certeza jurídica da existência do fato desconhecido cuja existência é provável em virtude da correlação natural de existência entre estes dois fatos.

A regra jurídica cria uma ficção legal quando, baseando-se no fato conhecido cuja existência é improvável (ou falsa) porque falta correlação natural de existência entre os dois fatos.

Para Pontes de Miranda¹³, presunções são fatos que podem ser verdadeiros ou falsos, mas o legislador os têm como verdadeiros e divide as presunções em *iuris et de iure* (absolutas) e *iuris tantum* (relativas). As presunções absolutas, na lição deste autor, são irrefragáveis, nenhuma prova contrária se admite; quando, em vez disso, a presunção for *iuris tantum*, cabe a prova em contrário.

¹² BECKER, Alfredo Augusto, Teoria Geral do Direito Tributário, 3ª. ed. – São Paulo: Lejus, 1998, pág. 509. Ed. Lejus

¹³ MIRANDA, Pontes, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, pág. 234, Ed. Forense, 1974.

Conforme destacado anteriormente, na presunção o legislador apanha um fato conhecido, no caso o depósito bancário e, deste dado, mediante raciocínio lógico, chega a um fato desconhecido que é a obtenção de rendimentos. A obtenção de renda presumida a partir de depósito bancário é um fato que pode ser verdadeiro ou falso, mas o legislador o tem como verdadeiro, cabendo à parte que tem contra si presunção legal fazer prova em contrário. Neste sentido, não se pode ignorar que a lei, estabelecendo uma presunção legal de omissão de rendimentos, autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos. Em síntese, a lei considera que os depósitos bancários, de origem não comprovada, analisados individualizadamente, caracterizam omissão de rendimentos. A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos.

A caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um depósito bancário, considerado isoladamente. Pelo contrário, a presunção de omissão de rendimentos está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos recursos depositados em contas bancárias, com a análise individualizada dos créditos, conforme expressamente previsto na lei. Portanto, claro está que o fato gerador do imposto de renda, no caso, não está vinculado ao crédito efetuado na conta bancária, pois, se o crédito tiver por origem transferência de outra conta do mesmo titular, ou a alienação de bens do patrimônio do contribuinte, ou a assunção de exigibilidade, como dito anteriormente, não cabe falar em rendimentos ou ganhos, justamente porque o patrimônio da pessoa não terá sofrido qualquer alteração quantitativa. O fato gerador é a circunstância de tratar-se de dinheiro novo no seu patrimônio, assim presumido pela lei em face da ausência de esclarecimentos da origem respectiva.

Quanto à tese de ausência de evolução patrimonial ou consumo capaz de justificar o fato gerador do imposto de renda, é verdade que este imposto, conforme prevê o artigo 43 do CTN, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, isto é, de riqueza nova. Entretanto, o legislador ordinário presumiu que há aquisição de riqueza nova nos casos de movimentação financeira em que o contribuinte não demonstre a origem dos recursos. A atuação da administração tributária é vinculada à lei (artigo 142 do CTN), sendo vedado ao fisco declarar a inconstitucionalidade de lei devidamente aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República. Neste diapasão, o Primeiro Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula nº 02 consolidando sua jurisprudência no sentido de que o Órgão “não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

A partir da vigência do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, os depósitos bancários deixaram de ser “modalidade de arbitramento” — que exigia da fiscalização a demonstração de gastos incompatíveis com a renda declarada (aquisição de patrimônio a descoberto e sinais exteriores de riqueza), conforme interpretação consagrada pelo poder judiciário (súmula TFR 182), pelo Primeiro Conselho de Contribuintes (conforme arestos colacionados no recurso) e artigo 9º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 2.471/88, que determinava o cancelamento dos lançamentos do imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários — para se constituir na própria omissão de rendimento (art. 43 do CTN), decorrente de presunção legal, que inverte o ônus da prova em favor da Fazenda Pública Federal.

A propósito de presunções legais cabe aqui reproduzir o que diz José Luiz Bulhões Pedreira, (JUSTEC-RJ-1979 - pag. 806), que muito bem representa a doutrina predominante sobre a matéria:

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 o 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.

Este também é o entendimento manifestado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, como fica evidenciado no Acórdão CSRF nº 01-0.071, de 23/05/1980, da lavra do Conselheiro Urgel Pereira Lopes, do qual se destaca o seguinte trecho:

O certo é que, cabendo ao Fisco detectar os fatos que constituem o conteúdo das regras jurídicas em questão, e constituindo-se esses fatos em presunções legais relativas de rendimentos tributáveis, não cabe ao fisco infirmar a presunção, pena de laborar em ilogicidade jurídica absoluta. Pois, se o Fisco tem a possibilidade de exigir o tributo com base na presunção legal, não me parece ter o menor sentido impor ao Fisco o dever de provar que a presunção em seu favor não pode subsistir. Parece elementar que a prova para infirmar a presunção há de ser produzida por quem tem interesse para tanto. No caso, o contribuinte. (Grifou-se)

Os julgamentos do Conselho de Contribuintes passaram a refletir a determinação da nova lei, admitindo, nas condições nela estabelecidas, o lançamento com base exclusivamente em depósitos bancários, como se constata nas ementas dos acórdãos a seguir reproduzidas:

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - SITUAÇÃO POSTERIOR À LEI Nº 9.430/96 - Com o advento da Lei nº 9.430/96, caracteriza-se também omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular não comprove a origem dos recursos utilizados, observadas as exclusões previstas no § 3º, do art. 42, do citado diploma legal. (Ac 106-13329).

TRIBUTAÇÃO DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a Lei 9.430/96, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ÔNUS DA PROVA - Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos informados para acobertar seus dispêndios gerais e aquisições de bens e direitos. (Ac 106-13188 e 106-13086).



A presunção representa uma prova indireta, partindo-se de ocorrências de fatos secundários, fatos indiciários, que apontam para o fato principal, necessariamente desconhecido, mas relacionado diretamente ao fato conhecido. Nas situações em que a lei presume a ocorrência do fato gerador, as chamadas presunções legais, a produção de tais provas é dispensada.

Assim dispõe o Código de Processo Civil nos artigos 333 e 334:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

(...)

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Na tributação em exame o legislador entendeu que há lógica, concordância e certeza entre o fato presuntivo (depósito bancário sem origem comprovada) e o fato presumido (omissão de rendimentos), na esteira dos argumentos expostos por Hugo de Brito Machado (Imposto de Renda – Estudos, Editora Resenha Tributária, pág. 123), que convém trazermos à baila:

5.6. Realmente, a existência de depósito bancário em nome do contribuinte, ... é indício que autoriza a presunção de auferimento de renda. Cabe então ao contribuinte provar que os depósitos tiveram origem outra, que não seja tributável. Pode ser que decorra de transferências patrimoniais (doações e heranças), por exemplo, de rendimentos não tributáveis ou tributáveis exclusivamente na fonte, ou mesmo de rendimentos tributáveis auferidos. Há muito tempo, relativamente aos quais extinto já esteja, pela decadência, o direito de a Fazenda Pública fazer o lançamento do tributo, nos termos do art. 173 do Código Tributário Nacional. Ao contribuinte cabe o ônus da prova, que pode ser produzida antes ou durante o procedimento do lançamento, impedindo que este se consuma, e pode até ser produzida depois, em ação anulatória.

5.7. Isto não significa considerar rendimentos os depósitos bancários. Tais depósitos são indícios, isto é, são fatos conhecidos que autorizam a presunção de existência de rendimentos, fatos sobre cuja existência se questiona. Ordinariamente a disponibilidade de dinheiro decorre de auferimento de renda. Por isso a existência de disponibilidade de dinheiro autoriza a presunção de auferimento de renda. Tudo de pleno acordo com a teoria das provas.



Na presunção, a lei tem como verdadeiro um fato que provavelmente é verdadeiro. Não se pode desconsiderar, entretanto, que este fato que a lei tem como verdadeiro também pode ser falso, daí porque se diz que na presunção relativa a questão diz respeito à avaliação da prova apresentada por quem tem contra si algo que o legislador presume como tal, mas que na vida real pode ser diferente. Assim, impugnado fato em relação ao qual milita presunção relativa cabe ao julgador, avaliando as provas que lhes são apresentadas, formar convencimento para, diante do caso concreto, com mais dados do que o legislador, decidir se a presunção estabelecida por este, o legislador, corresponde à realidade dos fatos que estão sob julgamento.

Fixados o conceito de presunção e a diferença entre esta e a ficção, tenho que o depósito bancário feito em conta corrente ou de investimento do contribuinte, dentro da correlação natural dos fatos, pressupõe a existência de rendimento prévio e, se assim o é, estamos diante de uma presunção legal. Cabe ao contribuinte fazer prova em contrário, usando de todos os meios em direito admitidos.

Durante o procedimento de fiscalização o contribuinte alegou ser corretor de cereais que presta serviços para várias empresas na aquisição de produtos agrícolas (em especial alho da Argentina), recebendo uma comissão pelo trabalho realizado. Aduziu, ainda, que utilizou suas contas bancárias para intermediar as transações, efetuando a aquisição da mercadoria, o pagamento de impostos e demais despesas. Contudo, os elementos de prova que relacionariam os depósitos bancários às operações comerciais que o contribuinte afirma ter intermediado não foram apresentados durante o procedimento de fiscalização, conforme Termo de Verificação Fiscal às fls. 157/163, nem em sede do contencioso administrativo.

Alegar simplesmente que era corretor de cereais, que utilizava sua conta bancária com tal finalidade e que não poderia identificar quem fazia os depósitos (fl. 177), uma vez que tal informação não consta dos extratos bancários não basta para justificar os depósitos bancários. A norma que estabeleceu a presunção legal em comento requer que o titular da conta bancária apresente, individualizadamente, documento hábil e idôneo, comprobatório da origem dos créditos, até por que estes devem ser tributados de acordo com a natureza da operação. A existência de saldos de pequeno valor ou zerados no final do ano-calendário ou o fato do contribuinte ter como único patrimônio declarado um automóvel Vectra não causa nenhuma repercussão na matéria em exame, que possui regramento específico no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que nada dispõe sobre este argumento do recorrente. A utilização dos créditos bancários na aquisição de patrimônio ou pagamento de despesas passou a ser irrelevante para caracterizar a omissão de rendimentos em análise. É bastante comum que patrimônio seja adquirido em nome de terceiros ou que recursos creditados seja reinvestido nas atividades comerciais dos titulares da conta bancária.

Como dos autos se infere, a autoridade lançadora fez aquilo que o artigo 42 da Lei no 9.430/1996 lhe atribuía como responsabilidade: constatada a manutenção de conta bancária com expressiva movimentação não declarada pelo impugnante, intimou-o, reiteradamente, a se manifestar quanto à origem dos depósitos efetuados na referida conta e a juntar a documentação que comprovasse a origem de tais ingressos (fls. 30, 53, 54, 59, 63, 64, 68 a 78 e 104 a 127), sendo concedidas todas as solicitações de prorrogação de prazo. Diante dos esclarecimentos e documentos apresentados, feitas as devidas exclusões (depósitos comprovados e transferências entre contas).

Os demonstrativos apresentados pelo recorrente para justificar os depósitos (fls. 1531/1533), sem fazer qualquer vinculação aos depósitos indicados no Termo de Verificação Fiscal, às fls. 159/162, em nada interfere no presente lançamento.



Durante a fase de fiscalização o contribuinte havia apresentado as declarações de fls. 33 a 34, nas quais as empresas com as quais teria operado declaram que ele prestou serviços como representante comercial, efetuando trabalhos aduaneiros, recolhimentos de impostos, compra e venda, desembaraço e conferência de mercadorias recebidas, e demonstrativo de fls. 37 a 52, relacionando as notas fiscais e valor das supostas comissões recebidas, mês a mês, e procurando vincular aos depósitos bancários. Analisando tais demonstrativos, a fiscalização, conforme relato à fl. 157, verificou que não houve coincidência entre os valores depositados e os valores dos documentos apresentados, não os considerando, portanto, para efeitos de comprovação da origem dos depósitos.

O recorrente não individualizou quais valores teriam sido considerados em duplicidade ou decorrentes de transferências da conta do Banco Itaú para a conta do Banco Meridional, e entre as contas correntes e poupança deste último. Percebe-se, entretanto, que tal fato não ocorreu, pois as transferências comprovadas pelo contribuinte foram excluídas pelo autuante, conforme informação à fl. 114, e ainda por que os créditos efetuados no Banco Meridional, seja na conta corrente ou na conta poupança (fls. 162), não evidenciam tal ocorrência.

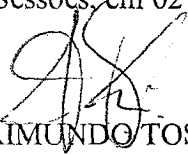
A Resolução à fl. 1580 propiciou a comprovação, individualizada, tão-somente, dos créditos bancários relacionados à fl. 1782, no montante de R\$280.273,55, conforme fotocópias de documentos bancários expedidos pelo Banco Itaú, confirmados pelos emitentes às fls. 1780/1834, que esclareceram tratar-se de operações comerciais, apesar de não disporem de documentos comprobatórios que respaldem as transações, devido ao transcurso de mais de dez anos.

O valor de R\$53.330,00, levado à tributação no item 001 do lançamento, refere-se a rendimentos confessados pelo contribuinte, razão pela qual a decisão de primeiro se pronunciou nos seguintes termos:

Antes de qualquer coisa, cumpre precisar os limites do litígio posto a esta Delegacia de Julgamento. Como no relatório deste acórdão se viu, o impugnante reconhece a omissão de rendimentos, no valor R\$ 28.110,00, que somados aos valores informados na declaração de ajuste apresentada, após o início da ação fiscal, em 20.04.2001, totalizariam R\$53.330,00, correspondente ao total que alega ter recebido de comissões e corretagem no ano-calendário 1998. Desta forma, a parcela do imposto de renda não impugnado corresponde a R\$ 8.939,35...

Em face ao exposto, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento pela obtenção dos dados bancários independente da autorização judicial e pela aplicação retroativa da Lei Complementar nº 105/2001, e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso, para excluir da base de cálculo o montante de R\$ 280.273,55.

Sala das Sessões, em 02 de fevereiro de 2010


JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS