



**UNIFACISA – CENTRO UNIVERSITÁRIO
CESED - CENTRO DE ENSINO SUPERIOR E
DESENVOLVIMENTO
CURSO DE DIREITO**

RENATO HONORATO GRANGEIRO

**ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DAS MOVIMENTAÇÕES
BANCÁRIAS PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DE IMPOSTO
DE RENDA**

CAMPINA GRANDE-PB

2020
RENATO HONORATO GRANGEIRO

**ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DAS MOVIMENTAÇÕES
BANCÁRIAS PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DE IMPOSTO
DE RENDA**

Trabalho de conclusão de curso –
Artigo Científico – apresentado como
pré-requisito para obtenção do título
de Bacharel em Direito pela UniFacisa
- Centro Universitário. Área de
Concentração: Direito Tributário.

Orientadora: Professora Danielle
Patrícia Guimarães Mendes

CAMPINA GRANDE-PB
2020

Trabalho de Conclusão de Curso - Artigo Científico – Título do artigo, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito, outorgado pela UniFacisa – Centro Universitário.

APROVADO EM _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA:

Professora Danielle Patrícia Guimarães
Mendes

Prof.º,
Nome Completo do Segundo Membro,
Titulação.

Prof.º,
Nome Completo do Terceiro Membro,
Titulação.

ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DAS MOVIMENTAÇÕES BANCÁRIAS PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA

**Renato Honorato Grangeiro
Danielle Patrícia Guimarães Mendes**

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade fazer uma análise da utilização das movimentações bancárias para fins de caracterização do Imposto de Renda (IR), para tanto apresentará algumas considerações sobre hipótese de incidência, fato gerador e demais características do imposto, assim como apresentará informações sobre os depósitos e sigilo bancários. O objetivo geral da pesquisa é analisar a constitucionalidade da aplicação da lei ordinária 9.340/1996 e da Lei Complementar (LC) n. 105/2001, principalmente no que se refere à configuração de depósitos bancários, por si sós, como fato de gerador do imposto de renda, tal como a quebra de sigilo bancário, por parte do Fisco, sem autorização judicial, para tal finalidade. Os objetivos específicos deste trabalho são: identificar o fato gerador do imposto de renda; apresentar as características gerais do referido imposto; explanar sobre a jurisprudência pátria a respeito da utilização das movimentações bancárias como eventual caracterização do fato gerador do imposto de renda, à luz das citadas leis. A justificativa para escolha do tema relaciona-se à relevância e atualidade da matéria, visto que se encontra pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (STF) um Recurso Extraordinário (RE) sobre o tema. A metodologia utilizada será o método dedutivo, auxiliado pelo método de procedimento analítico descritivo com exploração bibliográfica e documental. A conclusão estará relacionada à institucionalidade do artigo 42 da lei ordinária n. 9.340/96, assim como do artigo 6º da LC n. 105/2001, pela afronta a princípios constitucionais tributários como: Legalidade, Capacidade Contributiva e Vedações do Confisco, assim como princípios gerais como o da razoabilidade, segurança jurídica e separação de poderes, além da garantia fundamental da inviolabilidade de dados e direito à intimidade.

Palavras-chave: Depósitos bancários. Sigilo bancário. Imposto de Renda.

ABSTRACT

This article has an analysis of the use of bank transactions for purposes of characterizing the Income Tax (IR), to present some considerations on the hypothesis of incidence, facts and other factors of the tax, as well as information on the other deposits and bank secrets. The general objective of the research is to analyze the constitutionality of the application of the ordinary law 9.340 / 1996 and the Complementary Law (LC) n. 105/2001, mainly with regard to the configuration of bank deposits, per se, as a fact of generating income tax, as a breach of bank secrecy, by the tax authorities, without judicial authorization, for such use. The specific objectives of this work are: to identify the taxable event; present as general characteristics of said tax; explain about domestic jurisprudence and respect for the use of bank transactions as an eventual characterization of the taxable event, in the light of the aforementioned laws. A justification for choosing the topic related to the

relevance and topicality of the matter, since it is pending judgment by the Supreme Federal Court (STF) or Extraordinary Appeal (RE) on the topic. The methodology used will be the deductive method, aided by the method of descriptive analytical procedure with bibliographic and documentary exploration. Completion qualified for institutionalization of article 42 of Ordinary Law n. 9.340 / 96, as in article 6 of LC no. 105/2001, for the affront to the constitutional tax principles: Legality, Taxpaying Capacity and Prohibition of Confiscation, as well as general rules such as reasonableness, legal security and usage rules, in addition to the fundamental guarantee of data inviolability and the right to privacy.

Keywords: Bank deposits. Bank secrecy. Income tax.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata sobre a análise da possibilidade de utilização das movimentações bancárias para fins de caracterização do fato gerador do Imposto de Renda (IR), sendo que, para o seu desdobramento, busca-se compreender as considerações gerais sobre hipótese de incidência e fato gerador do referido tributo, assim como algumas outras reflexões específicas relativas ao dito imposto.

O Direito Tributário é um ramo da ciéncia jurídica que visa disciplinar as relações entre os contribuintes ou quaisquer outros indivíduos que tenham a obrigação de respeitar as imposições tributárias independentemente da espécie e o Fisco (Estado/Gestor do Tesouro Público), sendo que as regras jurídicas relativas a essa matéria irão orientar a criação de instrumentos normativos, impor limites para o poder de tributação e proteger o cidadão contra possíveis abusos de poder por parte da Administração Pública.

Nessa perspectiva, existem diversas leis, portarias e atos normativos aprovados para orientar e conduzir todo o Sistema Tributário Nacional, com a finalidade de garantir a segurança jurídica e a eficiéncia nas arrecadações estatais. De se destacar que tal arcabouço normativo-tributário tem por base maior a própria Constituição Federal que traz as chamadas limitações constitucionais ao Poder de Tributar do Estado, limitações estas consubstanciadas, também, em diversos princípios tributários, tais como o da Legalidade (artigo 150, I da CF/88), da Capacidade Contributiva (artigo 145, § 1º, CF/88) e Vedaçáo ao Confisco (artigo 150, inciso IV da CF/88).

Salienta-se que a rigidez de algumas dessas disposições se sustenta nos

inúmeros casos de sonegação de impostos que acompanham a sociedade brasileira desde o surgimento dos primeiros tributos. Além disso, outras situações fundamentam esse rigor como os diversos casos de inadimplência decorrentes de má gestão empresarial, crises econômicas e até mesmo algumas atitudes de má-fé de alguns sujeitos passivos da relação tributária, de forma que a atuação estatal opta por impor certa severidade para frear certas condutas dos contribuintes.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a constitucionalidade da aplicação da lei ordinária nº 9.340/1996, que trata sobre da apuração da base de cálculo do imposto de renda, e da Lei Complementar n. 105/2001, no tocante à configuração de depósitos bancários como fato de gerador do citado imposto; bem como da quebra de sigilo bancário por parte do Fisco, sem autorização judicial. Os objetivos específicos são: (i) identificar o fato gerador previsto na hipótese de incidência em relação ao imposto de renda e entender outras características do referido imposto; (ii) explanar sobre as movimentações bancárias e o sigilo fiscal e (iii) apresentar os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial a respeito da constitucionalidade da utilização de depósitos bancários como fato gerador do imposto de renda.

A justificativa para escolha do tema relaciona-se com sua relevância e atualidade, visto que existem poucos trabalhos propondo essa discussão, sendo então sua explanação importante para despertar a comunidade acadêmica para a necessidade de seu estudo. Outrossim, não existe uma uniformidade doutrinária e jurisprudencial sobre a temática, posto que o julgamento do Recurso Extraordinário 855649, que trata do assunto em questão, (relator ministro Marco Aurélio), com Repercussão Geral reconhecida (Tema 842), encontra-se, desde 2017, concluso ao relator no Supremo Tribunal Federal.

O recurso tem a finalidade de discutir a controvérsia sobre a constitucionalidade do artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 que autoriza a incidência de crédito tributário do Imposto de Renda com base em depósitos bancários realizados pelo contribuinte e sem comprovação de sua origem, visto que, no âmbito administrativo, os demandantes não conseguem obstar a constituição desse crédito tributário e se consideram lesados pela conduta do Fisco em violar seu sigilo bancário e considerar essas movimentações como fato gerador do imposto citado.

Até a data da elaboração desse trabalho, o referido recurso se encontrava, junto ao STF com a seguinte movimentação: concluso para decisão do relator Ministro

Marco Aurélio. (17/07/2017)

Avaliar a constitucionalidade da ocorrência do fato gerador e do lançamento tributário para fins de imposto de renda a partir dos depósitos bancários é medida que se impõe para evitar abusos de direito, visto que aquele contribuinte que deixa de observar essa imposição vem sendo considerado como inadimplente ou sonegador, porém essas condutas são rotineiras nas transações bancárias, por apresentarem relevante caráter financeiro.

Nesse sentido, em conformidade com as disposições constitucionais e as regras de Direito Tributário, questiona-se sobre a pertinência constitucional da aplicação da Lei nº 9.340/1996, que trata sobre a apuração da base de cálculo do imposto de renda; bem como da LC n. 105/2001 no que tange à caracterização dos depósitos bancários como fato gerador do Imposto de Renda a partir da quebra de sigilo bancário dos contribuintes, sem intervenção judicial.

Assim, o que se pretende no presente trabalho é analisar se o emprego da Lei n. 9.340/1996 no que se refere à apuração da base de cálculo do imposto de renda, e da Lei Complementar n. 105/2001, bem como a quebra de sigilo bancário dos contribuintes do Imposto de Renda respeita os princípios e regras constitucionais, a saber: princípios constitucionais da legalidade, capacidade contributiva, segurança jurídica e da razoabilidade, assim como da violação a intimidade, da proteção de dados e separação dos poderes.

A metodologia utilizada neste trabalho é método dedutivo, auxiliado pelo método de procedimento analítico descritivo com exploração bibliográfica e documental de doutrinas, leis e artigos encontrados na internet, proporcionando um conhecimento histórico, embora recente, acerca da problemática e uma melhor compreensão dos conceitos inerentes ao tema.

Como dito, a seguir, o desenvolvimento do trabalho apresentará as características gerais do imposto de renda, com ênfase para a análise do fato gerador; observará a possibilidade de movimentações bancárias, a partir da quebra do sigilo bancário, sem autorização judicial, servir de embasamento para a caracterização do fato gerador do IR e, por fim, debruçar-se-á sobre os entendimentos doutrinário e jurisprudencial sobre tal possibilidade.

2 IMPOSTO DE RENDA: CARACTERÍSTICAS GERAIS E ANÁLISE DO

FATO GERADOR

Preliminarmente, sendo o tema central do presente estudo analisar uma questão relacionada às obrigações tributárias, essencial descrever sua conceituação. Ela surge da ocorrência “de um fato previsto em uma norma como capaz de produzir esse efeito. Em virtude do princípio da legalidade, essa norma precisa ser uma lei em sentido restrito, salvo tratando-se de obrigação acessória.” (MACHADO,2016, p.32)

Nesse sentido, a lei apresenta uma situação e atribui a ela a possibilidade de criar uma relação jurídica tributária entre uma pessoa e o Estado. Assim, ocorrendo o fato que o Direito Tributário nomeia como fato gerador, nasce uma relação tributária que compreende o cumprimento de um dever por parte do contribuinte (sujeito passivo da obrigação) e o direito do Estado (sujeito ativo da obrigação). Isso significa que o dever e o direito (direito subjetivo) são efeitos da incidência das normas tributárias. (MACHADO, 2016)

Vale destacar que a obrigação tributária poderá ser principal ou acessória, conforme descreve o artigo 113 do Código Tributário Nacional (CTN). A primeira perpassa pela ocorrência do fato gerador e tem como objeto o pagamento da tributação ou penalidade, extinguindo-se juntamente com o crédito decorrente dela. A segunda surge através da legislação tributária e tem como objeto as prestações (negativas ou positivas) previstas na referida legislação para assegurar o interesse de arrecadação ou a fiscalização dos tributos.

Dessa forma, o objeto da obrigação tributária principal é a obrigação de pagar, seja o pagamento de tributo ou penalidade em matéria tributária. O objeto da obrigação acessória é sempre não patrimonial, portanto, é a obrigação de fazer ou não fazer (deveres instrumentais), ou seja, funciona para a verificação do cumprimento da obrigação principal.

Ademais, o artigo 113, § 3º do CTN descreve que a inobservância da obrigação acessória a converte em obrigação principal no que se refere a uma penalidade pecuniária. Nas palavras de Hugo de Brito Machado, o legislador quis dizer que “ao fazer o lançamento tributário, a autoridade administrativa deve considerar o inadimplemento de uma obrigação acessória como fato gerador de uma obrigação principal(...)” (MACHADO, 2016, p.126)

A seguir, essencial descrever o conceito de fator gerador (falando sobre sua

aplicação na obrigação principal e traçando sua diferenciação da hipótese de incidência). O fato gerador da obrigação tributária principal, segundo descreve o CTN “é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência (artigo 114).” (MACHADO, 2016, p.129).

Nesse contexto, essa definição apresenta: (a) uma situação, portanto um conjunto de fatos e situações jurídicas; (b) definida em lei, “vale dizer que a definição do fato gerador da obrigação principal, ou seja, a descrição cuja ocorrência faz nascer essa obrigação, é matéria compreendida na reserva legal”, ou seja, apenas a lei pode definir situações que geram obrigações tributárias; (c) necessária, visto que sem uma situação prevista em lei não existe fato gerador; e (d) suficiente, significa que as circunstâncias previstas em lei são satisfatórias para o surgimento da obrigação tributária. (MACHADO, 2016, p.129)

A seguir, a diferença entre fato gerador e hipótese de incidência, ainda segundo Hugo de Brito Machado:

A expressão “hipótese de incidência” designa com maior propriedade a descrição, contida na lei, da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária. Enquanto a expressão “fato gerador” diz da ocorrência, no mundo dos fatos, daquilo que está escrito na lei. A hipótese é a simples descrição, é simples previsão enquanto o fato é a concretização da hipótese, é o acontecimento do que fora previsto. (MACHADO, 2016, p.131)

Insta salientar ainda que o fato gerador será consumado, quando for uma situação de fato, “desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais, isto, é circunstâncias meramente factuais, necessárias à produção dos efeitos que geralmente delas decorrem” Já o fato gerador nas situações jurídicas será considerado como ocorrido no “momento em que tal situação esteja definitivamente constituída, nos termos do Direito aplicado.” (MACHADO, 2016, p.133).

O imposto de renda é um tributo de competência da União, nos termos do artigo 153, inciso III da CF/88, sendo uma das principais fontes de receita do mencionado ente e possui caráter fiscal. (SABBAG, 2018). Trata-se de tributo com função eminentemente fiscal, ou seja, utilizado com o fim específico de gerar receita pública para o Estado, no caso, a União.

O sujeito passivo desse imposto é a pessoa física ou jurídica que tem disponibilidade de renda ou proventos de qualquer natureza. “A fonte pagadora pode ser a responsável pela retenção e recolhimento do IR (*stoppageatsource*), quando a lei

assim o determinar. Nesse caso, a fonte pagadora (empresa, por exemplo) figura como responsável, e o empregado, como contribuinte.” (SABBAG, 2018, p.381).

O fato gerador do imposto de renda é a disponibilidade econômica ou jurídica da renda e dos proventos de qualquer natureza. Destaca-se que a renda pode ser proveniente de capital, do trabalho ou de ambos, sendo que a expressão “proventos de qualquer natureza” designa outros tipos de acréscimo de patrimônio não abarcados no conceito de renda. (SABBAG, 2018)

Nas palavras de Alexandre Mazza, as disponibilidade econômica e a jurídica podem ser definidas da seguinte forma:

Disponibilidade econômica consiste no recebimento efetivo do valor a ser acrescentado no patrimônio do contribuinte.

Já a disponibilidade jurídica, que também é fato gerador do IR, se dá quando ocorre o crédito do valor, ficando disponível ao contribuinte, embora não esteja ainda incorporado efetivamente ao seu patrimônio. Exemplo: remessa de dólar proveniente do exterior feita ao contribuinte (valor já creditado em conta), mas que ainda não foi convertido em moeda nacional pela instituição financeira para poder ser sacado (não se incorporou ao seu patrimônio). Nos termos do art. 42, § 1º, do CTN: “A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.”

Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo (art. 42, § 2º, do CTN). (MAZZA, 2018, p.487)

Assim, a disponibilidade econômica é o recebimento efetivo do valor que será considerado como acréscimo de renda, já a disponibilidade jurídica ocorre quando acontece o crédito do valor em conta, ficando este disponível para o contribuinte. Importante salientar ainda que a expressão “disponibilidade jurídica” é utilizada para descrever o acréscimo patrimonial, além disso, “renda” deve ser considerada um conteúdo financeiro que pressupõe um aumento, ganho (SABBAG, 2018).

Ressalta-se que a disponibilidade jurídica ou econômica pode variar de acordo com a natureza da renda (capital, trabalho, da combinação do capital e do trabalho e proventos de qualquer natureza). Exemplificando: a renda capital pode ser os aluguéis, recebimentos de aplicações e lucros; a renda de trabalho pode ser salário, comissões e honorários; renda da combinação do capital e do trabalho pró-labore e lucros e, os proventos de qualquer natureza pensões aposentadorias e doações (SABBAG, 2018).

Outro ponto essencial é compreender o conceito de patrimônio. Trata-se do

conjunto de direitos e obrigações que um indivíduo possui titularidade, sendo que é composto por direitos reais, direitos pessoais e direitos intelectuais (SABBAG, 2018).

Finalmente, importante esclarecer sobre a base de cálculo do montante real, arbitrado ou presumido da renda ou dos proventos (nos termos do artigo 44 do CTN), especificamente para a caracterização da base de cálculo do IR para as pessoas jurídicas. O lucro real pode ser entendido como o acréscimo real do patrimônio da empresa, em determinado espaço de tempo. A Lei n. 1.598/1977, em seu artigo 6º, estipula que o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões e compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária (MAZZA, 2018).

O lucro presumido é, para o caso das firmas individuais e das pessoas jurídicas cuja receita bruta seja inferior a determinado montante e que atendam a outras exigências, por essa razão, são dispensadas de fazer a escrituração contábil de suas transações e imposto de renda. Ela é determinada pela aplicação de coeficientes determinados em lei, sobre a renda bruta anual, nos termos da natureza da atividade. Ademais, essa apuração é feita considerando-se o ano civil. (SABBAG, 2018).

O lucro arbitrado é aplicado em situações determinadas situações, tais como: contribuinte que tem como base o lucro real, mas não dispõe da escrituração adequada ou não realiza as demonstrações financeiras exigidas em lei; o contribuinte que sujeito ao cálculo do lucro presumido, deixa de cumprir as obrigações acessórias; aquele que se recusa a entregar às autoridades competentes os livros ou documentos de escrituração; a escrituração mantida pela pessoa jurídica contém vícios, erros ou deficiências que impedem a determinação do seu tipo de lucro; o comissário ou representante da empresa estrangeira deixa de fazer a escrituração contábil da filial brasileira e, o contribuinte espontaneamente escolhe essa forma de cálculo. (MAZZA, 2018).

Ainda sobre a hipótese de incidência do IR, especialmente no que tange ao seu aspecto temporal, ou seja, quando o fato gerador se reputa consumado, segundo a norma que descreve a situação necessária e suficiente para que, uma vez verificada, faça surgir o dever de pagar o tributo, tem-se, no dizeres de Alexandre Mazza que:

O aspecto temporal é a parte da hipótese de incidência responsável por definir quando se considera ocorrido o fato gerador, ou seja, trata-se da fixação do momento de sua ocorrência. Sendo instantâneo o fato gerador, no momento de sua ocorrência surge imediatamente a obrigação tributária. Na hipótese de fato gerador complessivo, complexivo ou complexo, como o que existe é uma situação estendida no tempo, cabe ao legislador fixar

qual a data em que juridicamente se tem como nascida a obrigação de pagar o tributo. (MAZZA, 2018,p. 619)

De se destacar, ainda, que o crédito tributário relativo ao imposto de renda está sujeito ao chamado lançamento fiscal por homologação, previsto no artigo 150 do CTN. Isso quer dizer que para que o Fisco Federal formalize o seu direito de cobrar o IR, ele deve realizar um procedimento administrativo conforme o que estabelece o referido artigo do código, com a premissa de que tal procedimento exige, nos termos do que dispõe a lei, o pagamento antecipado do valor apurado pelo particular para ulterior homologação do Fisco. Em não ocorrendo tal comportamento, o Fisco deve realizar o lançamento de ofício (por iniciativa própria), dentro do prazo legal, para constituir corretamente o crédito tributário respectivo.

Sobre esse ponto, mister trazer os entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, em especial quando o particular, apesar de prestar informações pertinentes à caracterização da obrigação tributária do IR, não chega a realizar o pagamento antecipado designado na lei. Nesse diapasão é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO NÃO ANTECIPADO PELO CONTRIBUINTE. INCIDÊNCIA DO ART. 173, I, DO CTN. IMPOSTO DE RENDA. ARBITRAMENTO. DEPÓSITOS E EXTRATOS BANCÁRIOS. SÚMULA 182/TFR. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO. MULTA MORATÓRIA. INCIDÊNCIA DO ART. 44, I E II, DA LEI N. 9.430/96. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME.

1. Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresentar omisso, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente no acórdão.

2. O art. 112 do CTN, que preconiza que a legislação tributária que comine sanção ao contribuinte deve ser interpretada de forma mais favorável ao acusado, conforme hipóteses ali previstas, é aplicável "em caso de dúvida", o que não ocorreu na espécie, haja vista o convencimento do magistrado a quo acerca da serventia e suficiência de documentos que comprovam a remessa de quantias à conta bancária mantida pela contribuinte no exterior, considerando que restou incontrovertida nos autos a ocorrência de acréscimo patrimonial a descoberto.

3. É assente nesta Corte que, quando da revisão da declaração de ajuste anual apresentada a Administração Fazendária constatar a omissão de rendimentos e, consequentemente, apurar existência de imposto de renda a pagar, o prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte ao que poderia ter sido lançado o tributo, nos termos do art. 173, I, do CTN.

4. A jurisprudência desta Corte inaugurou novo entendimento no sentido da inaplicabilidade da Súmula 182/TFR ("é ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários"), e da possibilidade de autuação do Fisco com base em

demonstrativos de movimentação bancária, em decorrência da aplicação imediata da Lei n. 8.021/90 e Lei Complementar n. 105/2001, como exceção ao princípio da irretroatividade tributária.

5. Uma vez assentado, inclusive na sentença, a presença do intuito de fraude, requisito indispensável à incidência da multa de 150%, o órgão julgador manteve sua aplicação com base no art. 44, II, da Lei n. 9.430/96, com a redação vigente à época dos fatos.

6. Uma análise mais acurada acerca da pretendida redução da multa moratória pelo princípio do não confisco e princípio da proporcionalidade, além de ensejar o reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula 7/STJ, atrai a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais, o que não é possível na via especial, nem à guisa de prequestionamento, porquanto matéria reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos dos arts. 102, III e 105, III, da Carta Magna.

Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para sanar as omissões apontadas.

(EDcl no AgRg no REsp 1343926/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 13/12/2012)

Importante destacar que a jurisprudência citada, embora trate de questão de decadência para realização do lançamento fiscal de ofício do IR, no caso, também resvalou entendimento, em 2012, de que não se aplicaria para a apuração do referido imposto a Súmula 182 do Tribunal Federal de Recursos (TFR) que estabelecia: "E ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários". Assim, entendeu-se, no caso, pela possibilidade de autuação do Fisco com base em demonstrativos de movimentação bancária, em decorrência da aplicação imediata da Lei n. 8.021/90 e Lei Complementar n. 105/2001, como exceção ao princípio da irretroatividade tributária.

Ante o exposto, tem-se como principais características do Imposto de Renda, o seguinte:

Imposto de Renda – IR	
Função predominante	Fiscal
Princípio da Legalidade	Está sujeito
Princípio da Anterioridade	Está sujeito
Princípio da Noventena	Não se sujeita
Fato gerador	A aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I – da renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou combinação de ambos II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.
Base de cálculo	É o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.
Contribuinte	É o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízos de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.
Lançamento	Por homologação. 13

Fonte: (ALEXANDRE, 2017)

Assim, após explanar sobre as características gerais e o fator gerador do imposto de renda, no tópico a seguir serão apresentadas as principais considerações sobre as movimentações bancárias e como o sigilo bancário e sua manipulação direta pelo Fisco é compreendido juridicamente.

3 MOVIMENTAÇÕES BANCÁRIAS E SIGILO BANCÁRIO

A discussão sobre a possibilidade de o Fisco realizar a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial e apenas com a formalização do processo administrativo é fundamental para compreensão da matéria e fundamentação do posicionamento.

Atualmente, a Receita Federal vem realizando a quebra do sigilo bancário das pessoas físicas e jurídicas e considerando que a entrada de valores creditados em conta corrente forma a base de cálculo do Imposto de Renda, uma vez que elas estão sendo consideradas como nova renda ou acréscimo patrimonial para fins de lucro presumido. (SOUZA, 2016).

Ocorre que o assunto vem sendo discutido há décadas, visto que já havia sido objeto de Súmula no extinto Tribunal Federal de Recursos (Súmula 182) que expressava o posicionamento de que seria ilegítimo o lançamento de Imposto de Renda baseado em extratos de depósitos bancários. Nesse mesmo sentido o Tribunal Regional Federal da 1º Região (TRF-1 - AC: 62245 GO 1998.01.00.062245-6, Relator: JUIZ OLINDO MENEZES, Data de Julgamento: 28/09/2000, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 29/06/2001 DJ p.664) utilizando-se da súmula citada considerou, em 2001, não ser possível a quebra de sigilo bancário com base em procedimento administrativo através exclusivamente de extratos bancários. (SOUZA, 2016)

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 389.808, entendeu que não era possível a quebra de sigilo bancário pela Secretaria da Receita Federal do Brasil para fins tributários. Nesse diapasão foi descrito no mencionado acórdão:

SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à

correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção a quebra do sigilo submetida ao crivo de órgão equidistante o Judiciário e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS - RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal parte na relação jurídico-tributária o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (STF - RE: 389808 PR, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 15/12/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218)

A quebra do sigilo bancário pela Administração Tributária tem por base o artigo 6º da Lei Complementar 105/2001 que estabelece:

LC 105/2001 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.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária. (BRASIL, 2001)

Ocorre que, para alguns doutrinadores, como é o caso de Raul Haidar, e para o deputado Diego Garcia, autor do Projeto de Lei Complementar (PLC) 239/2016, a LC n. 105/2001 viola os incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que, por sua vez, estatuem sobre inviolabilidade da intimidade e inviolabilidade do sigilo de dados, respectivamente. (SOUZA, 2016)

Não obstante o entendimento jurisprudencial anteriormente estabelecido, sobre o tema, o STF decidiu, no RE 601314, em 2016, com Repercussão Geral (Tema 225):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do

autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Para fins de melhor esclarecimento sobre a referida decisão (RE 601314), extraem-se o Tema e a Tese expostos pelo STF

Tema

225 - a) Fornecimento de informações sobre movimentações financeiras ao Fisco sem autorização judicial, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001; b) Aplicação retroativa da Lei nº 10.174/2001 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência.

Tese

I - O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal;

II - A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN. (STF, RE 601314)

Destaca-se que o sigilo bancário tem como finalidade proteger e preservar as pessoas físicas e jurídicas de possíveis abusos e indevidas investigações (por parte da administração pública ou de terceiros particulares), essa definição legal não é absoluta e “admite quebra ou certa flexibilidade desde que sejam comprovados indícios de sonegação fiscal.” (SOUZA, 2016, p.03)

Ademais, o sigilo bancário dos contribuintes não pode ser violado sob a chancela de realização de procedimento administrativo-fiscal, sem prévia análise e

autorização judicial, por se tratar de um abuso de direito e de uma clara interferência em sua vida privada. Afinal, apenas o Poder Judiciário tem competência para determinar esse tipo de procedimento, após avaliar sua necessidade e a argumentação apresentada (SOUZA, 2016).

Outrossim, quaisquer flexibilizações extremas do sigilo bancário, sem levar a questão para o crivo do Poder Judiciário, seria ofender as disposições constitucionais acerca do direito à privacidade. Além disso, é completamente ilegal solicitar que os contribuintes forneçam seus extratos bancários ou provas da origem de seus recursos financeiros a pedido da Receita Federal, ou que ela solicite informações às instituições financeiras. (SOUZA, 2016)

Salienta-se que o objetivo do Projeto de Lei Complementar 239/2016, antes citado, é exatamente colocar fim a qualquer discussão sobre a quebra de sigilo, determinando que ele só poderá ocorrer com autorização judicial para garantir a impessoalidade do ato e impedir a violação da intimidade do contribuinte. Para isso, o referido projeto pretende alterar o artigo 6º da Lei Complementar 105/2001, determinando expressamente a necessidade de autorização judicial. Segundo o projeto, a nova redação que se intenta dar ao dispositivo em questão é a seguinte:

PLC 239/2016 – Alteração do Artigo 6º da LC 105/2001 - 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 autorização judicial decorrente de requerimento baseado em procedimento fiscal em curso. (NR) (BRASIL, 2016)

Atualmente, o referido PLC se encontra com a seguinte movimentação: 04/10/2019, Comissão de Fianças e Tributação (CFT), sendo que foi devolvido ao Relator, Deputado Lucas Vergílio (Solidariedade- GO).

Enfim, restou evidenciado que a temática relacionada às movimentações bancárias e o sigilo bancário, apesar da decisão do STF, ainda encontra divergência doutrinária.

No tópico a seguir, será apresentada a base de discussão do Recurso Extraordinário que analisa a possibilidade de utilização de dados bancários sigilosos do contribuinte para a incidência do Imposto de Renda.

4 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A UTILIZAÇÃO DE

DADOS BANCÁRIOS PARA CARACTERIZAÇÃO DO IR E SEUS DESDOBRAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A temática abordada no presente trabalho é relevante e ainda não pacificada no ordenamento jurídico, visto que desde 17 de julho de 2017 o Recurso Extraordinário 855.649, que teve sua repercussão geral reconhecida (Tema 842), encontra-se concluso com o Ministro Relator Marco Aurélio, sem qualquer movimentação.

Em relação ao referido Recurso Extraordinário, importante salientar qual a discussão apresentada pelo contribuinte que justifica a necessidade de o Supremo Tribunal Federal se manifestar para pacificar a matéria. No mencionado processo é discutida a constitucionalidade do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, que permite a identificação de depósitos bancários, de origem não comprovada por ele, sendo assente a possibilidade de a Administração Tributária constituir um crédito tributário de Imposto de Renda, incidindo sobre valores de depósitos bancários, configurando-se, no caso, uma espécie de omissão de rendimentos. (SCOCUGLIA, 2018)

Estabelece o artigo 42 da Lei n. 9.430/1996:

Lei n. 9.430/1996 - 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\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

§ 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 receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

§ 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. (BRASIL, 1996)

Nesse diapasão, é o acórdão do STF, assim como o Tema da Repercussão Geral:

IMPOSTO DE RENDA - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - ORIGEM DOS RECURSOS NÃO COMPROVADA - OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA - INCIDÊNCIA - ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430, DE 1996 - ARTIGOS 145, § 1º, 146, INCISO III, ALÍNEA A, E 153, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da constitucionalidade do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, a autorizar a constituição de créditos tributários do Imposto de Renda tendo por base, exclusivamente, valores de depósitos bancários cuja origem não seja comprovada pelo contribuinte no âmbito de procedimento fiscalizatório.
(STF - RG RE: 855649 RS - RIO GRANDE DO SUL 5018946-16.2011.4.04.7108, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/08/2015, Data de Publicação: DJe-188 22-09-2015)

Tema 842 - Incidência de Imposto de Renda sobre os depósitos bancários considerados como omissão de receita ou de rendimento, em face da previsão contida no art. 42 da Lei 9.430/1996.

Nessa perspectiva, fundamental trazer à baila o posicionamento defendido pelos contribuintes e que demonstra a clara ilegalidade e inconstitucionalidade da utilização de dados bancários para caracterização do Imposto de Renda.

Primeiramente, importante compreender que o imposto é a espécie de tributo que surge a partir de uma ocorrência no mundo concreto de uma hipótese prevista em lei, situação denominada como fato gerador, no caso em estudo, alguém só passa a ser devedor de imposto de renda após de ser identificada a disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou dos proventos, inclusive nos casos oriundos de ato ilícito, como crime, corrupção, tráfico, dentre outras. (MAZZA, 2018)

Além disso, a inobservância ou a interpretação extensiva do fato gerador legalmente descrito seria um caso claro de violação aos princípios da Legalidade Tributária e do Não Confisco fundamentais no Direito Tributário e descritos na CF no artigo 150, incisos I e IV, respectivamente.

De acordo com o Princípio da Legalidade e a repartição das competências, o imposto é instituído por lei, sendo que a competência legislativa é da União que

estabelecerá o fato gerador através de lei. Já a respeito do Princípio do Não Confisco, entende-se que este busca proibir que a tributação seja estabelecida de forma exorbitante a ponto de o bem tributado inviabilizar o exercício de atividade econômica. O não confisco seria, pois, um desdobramento dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na seara específica da tributação, com o fito de coibir excesso no montante exigido pelo Fisco a título de tributo. É um princípio aplicável a todas as espécies tributárias. (MAZZA, 2018)

Importante esclarecer, ainda, que o Princípio da Vedaçāo do Confisco, por sua vez, ainda tem estreita ligação com o Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva, exteriorizado, por seu turno, artigo 145, § 1º da CF/88 que reza:

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

(...)

§ 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. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, o Código Tributário Nacional é o instrumento normativo que trata sobre as diretrizes gerais dos fatos geradores de alguns impostos. Em suma, a lei cria as hipóteses de incidência, ou seja, situações que praticadas pelo contribuinte poderão ou não o enquadrar como responsável pelo pagamento de determinado tributo, tornando-se sujeito passivo de uma relação tributária. Nesse sentido, o artigo 114 do CTN aduz que fato gerador da obrigação tributária “é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.” (BRASIL, 1966).

Considerando especificamente o imposto de renda tem-se que seu fato gerador, nos termos do demonstrado anteriormente, é a renda (produto do capital, trabalho, da combinação de ambos e dos proventos de qualquer natureza), sendo que o período de análise será de 01 de janeiro a 31 de dezembro do ano anterior, devendo ser a declaração realizada até 30 de abril do ano seguinte. (MACHADO, 2016)

Sobre o imposto, o CTN descreve, em seu artigo 43, que o fato gerador é mais especificamente, como dito, a disponibilidade econômica ou jurídica da renda e dos proventos de qualquer natureza, sendo que, nesse conceito, são considerados os acréscimos patrimoniais e o aumento de patrimônio.

Assim, o fato gerador do Imposto de Renda encontra-se disciplinado no CTN.

Ocorre que, devido ao interesse das autoridades fiscais em ter acesso aos dados de transações financeiras dos contribuintes foram aprovadas a Lei n. 9.340/1996 e a Lei Complementar n. 105/2001 que instituíram a presunção relativa de omissão de receita e rendimentos tributáveis através de movimentações financeiras não comprovadas, além de permitir que as instituições bancárias forneçam informações ao Fisco. (NETO, 2009)

Ocorre que, como visto, o posicionamento do STF no julgamento do RE 601314, em 2016, com Repercussão Geral (Tema 225), foi pela constitucionalidade do artigo 6º da LC 105/01. Diante disso, entendeu-se pela possibilidade de as Autoridades Fiscais examinarem documentos, livros e registros de instituições financeiras, incluindo aqueles referentes a depósitos em conta e aplicações, nos casos em que existir um processo administrativo ou um procedimento fiscal em andamento, desde que seja comprovada a indispensabilidade pela autoridade competente, sem que isso violasse o sigilo bancário, por se dar em conformidade com o Princípio da Capacidade Contributiva, com requisitos objetivos e em respeito ao sigilo da esfera bancária para fins fiscais.

Contudo, importante destacar algumas considerações sobre a divergência apresentada pelos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, visto que o julgamento foi por maioria e não unanimidade.

Os ministros consideram que a quebra de sigilo bancário, nos termos das regras que disciplinam o ordenamento jurídico pátrio, depende de prévia aprovação, fundamentação e análise do Poder Judiciário, visto que deve ser revestida de motivação e justa causa, sob pena de configurar-se como prática ilegítima e arbitrária.

Acentua-se, ainda, especificamente quanto à questão tributária que a Administração Pública desfruta de instrumentos, mecanismos e procedimentos capazes de salvaguardar seus interesses, conforme apresenta o Código Tributário e a Lei n. 8.397/92, como é o caso da preferência, indisponibilidade de bens e a medida cautelar fiscal, situações que permitem o exercício do Poder Estatal com o intuito de compelir o contribuinte a arcar com o pagamento de seus tributos legalmente reivindicáveis.

Outrossim, o Fisco deve se submeter às restrições resultantes da cláusula da reserva de jurisdição que também afeta a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, por isso sempre que esses entes pretenderem ter acesso aos dados e

sigilo bancário de um contribuinte deverão recorrer ao Poder Judiciário para pleitear tal direito, posto que é necessário submeter esse tipo de decisão à supervisão de magistrados e Tribunais, com o intuito de garantir que não serão ultrapassados os limites de informações pertinentes à situação fática demonstrada nos autos.

Cumpre ressaltar que o sigilo bancário não goza de caráter absoluto (RTJ 148/366, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RTJ 172/302-303, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – MS 23.452/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), podendo prevalecer o interesse público, todavia na análise do caso concreto é necessário levar em consideração a garantia fundamental da privacidade e a inviolabilidade do sigilo de dados – assim como, a intimidade financeira – dos cidadãos e dos contribuintes.

Dessa forma, deve-se garantir que a intervenção estatal se dará em conformidade com as particularidades do caso, sob a tutela do Poder Judiciário, com base em fundamentos jurídicos e motivação idônea, não podendo ser arbitrariamente desrespeitada por órgãos do Poder Público, uma vez que o sigilo bancário é uma manifestação da garantia constitucional de direito à intimidade que reveste, consequentemente, a privacidade financeira dos indivíduos. Assim, o amparo jurídico à intimidade é uma das manifestações mais consideráveis em que reside a defesa dos direitos da personalidade.

Ademais, nos termos dos votos proferidos pelos Ministros citados e em conformidade com o posicionamento defendido no presente trabalho, acredita-se que a quebra de sigilo bancário sem a autorização do Poder Judiciário é uma determinação inconstitucional, posto que viola os incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que tratam sobre a intimidade, a vida privada, a proteção de dados, assim como determinam que a quebra de sigilo só pode ocorrer por determinação judicial.

Diante disso, na mesma linha dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, assevera-se que a inviolabilidade do sigilo bancário e o direito à intimidade são normas constitucionais indubitavelmente garantidas, que o legislador optou por tutelar com a finalidade de consagrar e conservar os direitos individuais, contra quaisquer iniquidades cometidas pela Administração Fiscal.

Destaca-se que, com a edição da Lei n. 9.340/1996, a discussão acerca da constitucionalidade dela ganhou força, uma vez que, na prática, tal norma trouxe novos fatos geradores de imposto de renda, assim como transferiu a responsabilidade

de comprovação da origem dos depósitos bancários.

Salienta-se ainda que os supostos sinais exteriores de movimentações financeiras não são fatos geradores do Imposto de Renda, nos termos do artigo 43 do CTN, visto que essa lei prevê a necessidade de configuração de acréscimo patrimonial. Isso significa que essa configuração, ou não, depende da análise das declarações do contribuinte. (HAIDAR, 2016)

Em parecer publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, Ives Gandra da Silva Martins ensina:

Ao determinar o legislador que os proventos são acréscimos não compreendidos na renda, definiu que, tanto para o inciso I, quanto para o inciso II do artigo 43, o acréscimo patrimonial é que determina o que seja aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica e provoca a concretização da hipótese de imposição do imposto previsto no inciso III do artigo 153 da Constituição Federal. Sem acréscimo patrimonial não há, pela Constituição e pela lei complementar — que define o fato gerador do imposto sobre a renda — renda ou provento tributável. (MARTINS, 2013, p.108)

Ora, a Lei Complementar é o instrumento normativo hábil para descrever os contornos gerais do fato gerador do Imposto de Renda, com isso apenas as situações descritas no Código Tributário Nacional podem ser reconhecidas como acréscimo patrimonial, não se enquadrando os depósitos bancários em renda ou provento tributável, não há que se fazer em fato gerador e incidência de imposto de renda.

Percebe-se que o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, ao permitir a incidência de imposto de renda sobre depósitos bancários de origem não comprovada pelo contribuinte, estaria estabelecendo novo fato gerador do referido tributo. Com isso, verifica-se clara violação ao artigo 146, inciso III, alínea ‘a’ da Constituição Federal de 1988 – visto que, cabe a lei complementar estabelecer as normas gerais em matéria tributária, principalmente no que se refere a definição dos tributos, suas espécies, fato gerador, base de cálculo e contribuintes – não sendo de competência de lei ordinária instituir outra espécie de fato gerador, estando devidamente comprovada sua constitucionalidade, neste aspecto.

Nessa perspectiva, evidencia-se que o entendimento a favor do citado artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, permitiria a caracterização de fato gerador diverso daquele arrolado no artigo 43 do CTN, para fins de IR sendo infundada a consideração de depósitos bancários como lucro ou acréscimos patrimoniais. Além disso, a cobrança de imposto de renda em decorrência de fato presumido, sem a devida observância dos

já mencionados Princípios da Capacidade Contributiva, da Proporcionalidade e da Razoabilidade e, por conseguinte, da Vedaçāo do Confisco são clara afronta aos artigos 145 e 150, inciso V da Constituição Federal de 1988.

Assim, a exclusiva presunção de omissão de renda com base em depósitos bancários de origem não comprovada, não pode ser fundamentação para a existência de fato gerador de imposto de renda. Para que isso aconteça é necessária a comprovação de elementos e provas que confirmem essa presunção, a saber: que se evidenciou efetiva disponibilidade econômica ou jurídica ao final de determinado ano-calendário. Outrossim, esses valores podem ser alguma espécie de renda não tributável ou, até mesmo, já terem sido declarados pelo contribuinte.

Destarte, essa lei desconsidera que os depósitos bancários são o meio de compensação de cheques, juridicamente conceituadas como ordens de pagamento e amplamente utilizadas nas relações comerciais, com isso, esse tipo de movimentação também seria tributada e considerada como acréscimo patrimonial, sendo que muitas vezes já foi considerada no faturamento das pessoas jurídicas, por exemplo.

É essencial que o STF se pronuncie e pacifique a matéria, visto que os contribuintes vêm sofrendo as consequências das determinações contidas na Lei n. 9.340/1996, claramente constitucional, pois considera que os contribuintes precisam manter guardadas informações relativas a depósitos bancários, relações comerciais, pagamentos a terceiros, compra e venda de produtos, dentre outras situações rotineiras, para evitar que sejam tributados em situações que não configuram aumento patrimonial e não são consideradas como renda tributável.

Considerar válidas essas imposições seria transferir ao contribuinte a responsabilidade que é da autoridade fiscal, assim como onerar esses indivíduos a ponto de que comprovem valores recebidos, depósitos realizados, para além do que a lei considera como uma obrigação acessória e um fato gerador. Caso a comprovação das movimentações seja considerada, ela deve ser entendida como uma obrigação acessória que faz parte da relação tributária, eventualmente passível de multa, em caso de omissão da informação pertinente, mas não pode ser confundida com a obrigação principal que gera a imediata possibilidade de lançamento de um crédito tributário relativo a uma obrigação carente de efetivo fato gerador.

Outra medida essencial para que o assunto seja considerado sob o prisma constitucional é a aprovação do Projeto de Lei Complementar 239/2016, que colocaria

fim à discussão sobre a quebra de sigilo, posto que determinaria que sua ocorrência seria exclusiva de determinação judicial, garantindo a impessoalidade do ato e impedindo a violação da intimidade do contribuinte, alterando o artigo 6º da Lei Complementar 105/2001. (SOARES, 2016)

Assim, flagrante a inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados em razão dos princípios constitucionais da legalidade, capacidade contributiva, vedação do confisco, razoabilidade e segurança jurídica e, assim como da violação a intimidade, da proteção de dados e separação dos poderes.

A afronta ao princípio da legalidade ocorre, uma vez que ninguém será impelido a cumprir qualquer dever que não seja expressamente determinado em lei (abrangendo a espécie legislativa competente); ou seja, o contribuinte não poderá ser exigido a pagar tributo cujo fato gerador não foi instituído pela lei constitucionalmente adequada e competente. A par de tal violação, tem-se, portanto, a exigência de um tributo que, em tais termos, acaba também por ferir os já mencionados princípios da capacidade contributiva e da vedação do confisco, já que exigiria do particular se submeter a uma tributação excessiva e desproporcional, nos termos postos.

A violação a segurança jurídica se verifica posto que cabe aos magistrados e Tribunais a correta interpretação das normas jurídicas com o intuito de trazer confiabilidade as decisões judiciais, aos atos, atuações e técnicas estatais. Já a necessidade de se respeitar a razoabilidade relaciona-se com o controle da atividade estatal, a coerência da atuação da Administração Tributária, e, também aqui, a devida observância das normas jurídicas de vedação do confisco.

Por fim, conforme restou comprovado que a inviolabilidade da intimidade e a proteção dos dados são direitos fundamentais da personalidade que devem ser devidamente considerados. O princípio da Separação dos Poderes deve ser devidamente respeitado, visto que cabe unicamente ao Poder Judiciário, com base nas especificidades do caso concreto, decidir sobre o sigilo bancário dos contribuintes, não devendo o Poder Executivo interferir em tal atribuição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho de conclusão de curso, plenamente atingido, foi analisar a constitucionalidade da aplicação da lei ordinária nº 9.340/1996, pois trata da apuração da base de cálculo do imposto de renda e da Lei Complementar n. 105/2001, no tocante à configuração de depósitos bancários como fato de gerador de imposto de renda, assim como da quebra de sigilo bancário por parte do Fisco, sem autorização judicial.

Diante do exposto, restou evidenciado que, não obstante o entendimento do STF sobre o tema, o artigo 6º da LC 105/01 apresenta uma clara afronta ao ordenamento jurídico brasileiro, posto que a inviolabilidade do sigilo bancário e o direito à intimidade são normas constitucionais indubitavelmente garantidas, cujo legislador optou por tutelar com a finalidade de consagrar e conservar os direitos individuais, contra quaisquer iniquidades cometidas pela Administração Fiscal.

Além disso, nos termos do Projeto de Lei Complementar 239/2016, pretende-se colocar fim a discussão sobre a quebra de sigilo bancário e alterar a redação do artigo 6º da LC 105/01, para que seja determinada expressamente a necessidade de autorização judicial para acesso e exame a documentos, livros e registro de instituições financeiras.

Notadamente, o artigo 42 da Lei nº 9.430/96, ao possibilitar a incidência de imposto de renda sobre os depósitos bancários de origem não comprovada pelo contribuinte, sobretudo abarcado pela pretensa constitucionalidade do já mencionado artigo 6º da LC n. 105/2001, estaria impondo um novo fato gerador para o imposto, o que deve ser considerado inconstitucional pela afronta aos seguintes dispositivos legais: artigos 5º, incisos X e XII, 145, § 1º, 146, inciso III, alínea ‘a’, 150, incisos I e V, todos da Constituição Federal de 1988; assim como o artigo 43 do Código Tributário Nacional, o que se traduz em desrespeito, pois, aos princípios constitucionais da legalidade tributária, da capacidade contributiva, da vedação do confisco; além de ferir também os princípios da segurança jurídica, razoabilidade, além de violar a intimidade, da proteção de dados e separação dos poderes.

Nesse contexto para solucionar a problemática existente é necessário que o Supremo Tribunal Federal através do julgamento do Recurso Extraordinário RE 855.649, reconhecido como repercussão geral, pacifique o entendimento de que o artigo 42 da Lei nº 9.340/1996 é inconstitucional, pois institui novo fato gerador para o imposto de renda, além de não ser a espécie normativa competente para tanto, nos

termos expostos neste estudo.

Além disso, apesar do que decidiu, anteriormente, o STF, essencial rever o tema sobre a constitucionalidade do artigo 6º da LC n. 105/2001, visto que a compreensão de que é possível a quebra de sigilo bancário dos contribuintes, sem a autorização judicial, diretamente pela autoridade administrativa, entende-se, não merece permanecer. A par disso, nas atuais circunstâncias jurisprudenciais, é que se comprehende que precisa ser aplicada para solução da matéria a aprovação do Projeto de Lei Complementar 239/2016, que colocaria fim à discussão sobre a quebra de sigilo, com a alteração do citado artigo 6º da LC n. 105/2001.

Conclui-se então que a decisão do Recurso Extraordinário RE 855.649 e a aprovação do Projeto de Lei Complementar 239/2016, são medidas fundamentais para solução da problemática, posto que a declaração de constitucionalidade do artigo 42 da nº 9.340/1996 e a revisão do artigo 6º da LC n. 105/2001, são fundamentais para a superação das injustiças e ilegalidades levantadas, o que de certo trará segurança jurídica para o contribuinte em relação à correta tributação do imposto de renda.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário** 11. ed. rev. atual. e ampl. - Salvador - Ed. JusPodivm, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 239/2016**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078742>. Acesso no dia 30 de Abril de 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Código Tributário Nacional**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm, acesso no dia 17 de Abril de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, Acesso em: 15 de Abril de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça STJ - **RECURSO ESPECIAL: REsp 11351 PE 1991/0010428-0**, disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/593060/recurso-especial-resp-11351>, acesso no dia 25 de Abril de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial EDcl no AgRg no REsp 1343926/PR**. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27EDAGRESP%27.clas.+e+@num=%271343926%27\)+ou+\(%27EDcl%20no%20AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271343926%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27EDAGRESP%27.clas.+e+@num=%271343926%27)+ou+(%27EDcl%20no%20AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271343926%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso no dia 16 de Maio de 2020.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal STF - RG RE: 855649 RS - RIO GRANDE DO SUL** 5018946-16.2011.4.04.7108, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/08/2015, Data de Publicação: DJe-188 22-09-2015, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5806273>, acesso no dia 20 de Abril de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – **RE 855649 RG / RS - RIO GRANDE DO SUL REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**, Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 27/08/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2E%2E+E+855649%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+855649%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/qyw5lkl>. Acesso no dia 03 de Junho de 2020.

BRASIL, **Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL : AC 62245 GO 1998.01.00.062245-6**, disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2337882/apelacao-civel-ac-62245-go-19980100062245-6?ref=serp>, acesso no dia 09 de Abril de 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

HAIÐAR, Raul. **Depósitos bancários, movimentação financeira e imposto de renda**, 2016, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-01/justica-tributaria-depositos-bancarios-movimentacao-financeira-imposto-renda>, acesso no dia 08 de Abril de 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19ª Ed. Rev e Ampl. São Paulo, Ed. Saraiva, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. 37ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, nº214, Julho de 2013.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Tributário**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NETO, José Afonso Nascimento. **Presunção Legal De Omissão De Rendimentos: Considerações E (In)Constitucionalidades**, 2009, disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1187, acesso no 12 de Abril de 2020.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 7^a Ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2018

SCOCUGLIA, Lívia. **Caso sobre incidência de IRPF em depósitos bancários completa um ano no STF, 2018, disponível em:** <https://www.jota.info/dados/rui/incidencia-irpf-sobre-depositos-bancarios-parado-stf-17072018>, acesso no dia 08 de Maio de 2020.

SOARES, Rosane Sad. **A Proteção do Sigilo Bancário e a decisão do STF que garantiu ao Fisco o acesso a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial,** disponível em: <https://rosanesad.jusbrasil.com.br/artigos/375625209/a-protecao-do-sigilo-bancario-e-a-decisao-do-stf-que-garantiu-ao-fisco-o-acesso-a-dados-bancarios-dos-contribuintes-sem-necessidade-de-autorizacao-judicial>, Acesso no dia 07 de Maio de 2020.

SOUZA, Douglas. **SIGILO BANCÁRIO – PROTEÇÃO DO CONTRIBUINTE – TEORIA DAS PROVAS – DINHEIRO QUE CIRCULA EM CONTA CORRENTE NÃO IMPLICA NECESSARIAMENTE EM RENDA TRIBUTÁVEL**, 2016, disponível em: <http://www.fenapro.org.br/home/75-artigos-fenapro/936-sigilo-bancario--protecao-do-contribuinte--teoria-das-provas--dinheiro-que-circula-em-conta-corrente-nao-implica-necessariamente-em-renda-tributavel>, Acesso no dia 05 de Maio de 2020.