V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Os pressupostos de recorribilidade foram atendidos. O recurso, subscrito por advogados credenciados, foi protocolado no prazo legal.

Rejeito o articulado, pela União, quanto à violência reflexa ao texto constitucional e à necessidade de reexame fático. A controvérsia é eminentemente de direito, em jogo a compatibilidade, com a norma maior, da legislação impugnada, observados o figurino atinente ao imposto renda, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A envergadura constitucional e a repercussão geral foram assentadas, a uma só voz, no Plenário Virtual.

Eis o teor do preceito que interessa à solução da controvérsia:

> Lei nº 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.

Improcede o argumento, suscitado pelo recorrente, no sentido da incompatibilidade, sob o ângulo formal, da norma com o figurino constitucional do tributo. Não se tem criação de novo caso de incidência do imposto de renda, à margem da disciplina do artigo 43 do Código Tributário Nacional, a exigir veiculação por meio de lei complementar – artigo 146, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal.

A partir da verificação de valores, sem origem comprovada, em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira, o legislador estabeleceu a presunção de tais verbas decorrerem de rendimentos auferidos e não declarados. Não há falar em imposição tributária sobre os depósitos, mas incidência considerado o acréscimo patrimonial revelado. Não se conclui haver sido disciplinado novo fato gerador, alheio à regência do Código Tributário Nacional.

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

A norma versa elo entre a existência de depósito bancário, sem procedência identificada pelo contribuinte, e a caracterização de renda ou receita omitida, sendo esse mecanismo o verdadeiro embrulho que o Colegiado Maior deve abrir.

Ante o caráter relativo da presunção, é aberta oportunidade para indicação da origem dos recursos, devendo o contribuinte produzir prova em contrário, seja demonstrando pertencerem as quantias a terceiros, seja evidenciando inexistir ganho de renda, seja, ainda, comprovando anterior tributação das parcelas.

A questão que se põe é saber se é legítima a inversão do ônus probatório.

O Pleno, no julgamento do recurso extraordinário nº 601.314 – Tema nº 225 da repercussão geral –, relator ministro Luiz Edson Fachin, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 16 de setembro de 2016, assentou a validade da transferência direta, pelas instituições bancárias ao fisco, de dados, considerado o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001. Formei na corrente minoritária, exteriorizando revelada verdadeira quebra de sigilo bancário fora das exceções previstas no texto constitucional. Fiz ver a impossibilidade de ter-se a inversão de papéis, considerada a frágil posição em que se encontra o contribuinte:

> Não cabe aqui, no tocante ao acesso ao Judiciário, o fenômeno da inversão. Em vez de ter-se o ingresso do interessado visando o afastamento do sigilo de dados, ter-se a necessidade de o contribuinte – numa relação jurídica que já é um tanto desequilibrada, porque é parte mais forte o Estado – vir ao Judiciário, talvez, quem sabe, em tempos estranhos, de forma acauteladora, para observar-se – o que deveria ocorrer de forma espontânea – o disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.

O raciocínio direciona a concluir-se pela impropriedade da sistemática do artigo 42 da Lei nº 9.430/1996. Sendo o lançamento atribuição da autoridade fiscal, a qual deve diligenciar para atestar a ocorrência do fato gerador, como poderia o contribuinte, parte vulnerável da relação, desincumbir-se dessa atribuição? O sistema não fecha!

É equivocada a pretensão de extrair da norma presunção em favor do fisco, a autorizar o recolhimento de imposto de renda sobre meros créditos bancários, sem aprofundamento investigatório quanto a haver renda

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

consumida ou outros elementos fáticos vinculados à movimentação dos recursos.

Se o administrado tem o dever de pagar impostos, não menos importante é o dever do fisco de apurá-los regularmente, demonstrando de forma fundamentada a existência de renda consumida, presentes sinais exteriores de riqueza, considerados os instrumentos disponíveis, nos termos da legislação de regência.

A quadra sinaliza o descompasso da técnica prevista na lei impugnada com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em atenção ao regular exercício das competências tributárias.

Surge impertinente atitude inquisitória, no que se impõe ao contribuinte o encargo de produzir a prova negativa, sob pena de os poderes de fiscalização serem transformados em verdadeira devassa.

Ao supor a administração tributária, identificados os depósitos, que o contribuinte deixou de informar a totalidade dos rendimentos, deverá diligenciar em busca da renda eventualmente encoberta.

Levando em conta a aplicabilidade do dispositivo relativamente à pessoa natural, a inobservância dos preceitos é mais evidente. Exigir que se apresente ao fisco documentação hábil e idônea, consideradas todas as operações bancárias realizadas nos últimos cinco anos, equivale a impor registro, em livros, de modo análogo ao exigido de pessoa jurídica, esta, sim, obrigada a manter escrituração detalhada.

Nesse sentido, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> [...]
>
> De outra parte lei alguma exige que as pessoas façam uma contabilidade bancária para provar a origem e o destino dos lançamentos em suas contas nos estabelecimentos de crédito o que torna compreensível, até mesmo, eventual dificuldade em comprovar a procedência e a destinação de todos os recursos movimentados.
>
> [...]
>
> O Fisco não deve e não pode assumir as vestes e a psicologia do verdugo, que o administrado não é um servo do Estado – mas cidadão – nem é réu, por presunção, a quem se devam inflingir "castigos" fiscais, só absolvíveis ante inconfutável prova de ovina inocência.

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00

Não cabe presumir o excepcional, ou seja, que todos são sonegadores. Cumpre ao Fisco averiguar se há, por trás dos indícios, a riqueza suspeitada, a real percepção de renda, a ensejar imposto.

A tributação não ocorre de modo aleatório, apostando-se em presunções. Conforme lição do ilustre Professor, é inadequado o adágio "atirou no que viu e matou o que não viu". O exercício da competência tributária exige a delimitação precisa dos contornos da regra-matriz de incidência, incumbência da autoridade fiscal.

Provejo o recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, assentar a nulidade dos lançamentos efetuados com base no artigo 42 da Lei nº 9.430/1996.

Vencedor o enfoque, eis a tese: "É incompatível, com a Constituição Federal, o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, a autorizar a instituição de créditos do imposto de renda tendo por base, exclusivamente, valores de depósitos bancários cuja origem não seja comprovada pelo contribuinte no âmbito de procedimento fiscalizatório."

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/04/2021 00:00