MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10932.000687/2009-62

Processo nº	10932.000687/2009-62
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**2301-008.654 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	14 de janeiro de 2021
Recorrente	MARCELO IDAS
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Exercício: 2006

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. SÚMULA CARF 26

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.

A sistemática de apuração de omissão de rendimentos por meio de depósitos bancários determinada pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 prevê que os créditos sejam analisados individualmente, não se confundindo em absoluto com a verificação de variação patrimonial. Assim, não há fundamento na utilização genérica de rendimentos declarados.

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Para a caracterização de omissão de receita a partir dos valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, o titular deve ser regularmente intimado para comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Maurício Dalri Timm do Valle - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez, Wesley Rocha, Cleber Ferreira Nunes Leite, Fernanda Melo Leal, Paulo Cesar Macedo Pessoa, Leticia Lacerda de Castro, Mauricio Dalri Timm do Valle, Sheila Aires Cartaxo Gomes (Presidente)

Ausente o conselheiro João Maurício Vital, substituído pela conselheira Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 225-230) em que o recorrente sustenta, em síntese:

> a) A decisão recorrida desconsiderou a situação civil e jurídica do recorrente como gestor (art. 861 do CC) e não traz informações sobre sua mandante, a empresa Máquinas e Ferrovias São Paulo S/A, da qual juntou cópia de seu IRPJ de 2005/2006. Com isso, o acórdão deixou de aplicar os entendimentos contidos nas Súmulas CARF nº 14 e nº 32, isso porque os recursos que transitaram na conta bancária do recorrente são de titularidade da empresa citada.
>
> b) Os extratos bancários apresentados pela fiscalização foram obtidos de forma ilícita, por meio de quebra de sigilo bancário sem prévia decisão judicial que a autorizasse.
>
> c) A procedência do Auto de Infração significará ofensa aos arts. 43 e 45 do CTN, implicando tributação em duplicidade. Isso porque a pessoa jurídica mencionada já declarou todos os recebimentos que teve, mesmo que fossem na conta do recorrente, e foi devidamente tributada sobre esses recursos.
>
> d) O recorrente comprovou as origens dos depósitos efetuados em sua conta bancária como pagamentos de titularidade de Máquinas e Ferrovias São Paulo S/A.

Ao final, formula pedidos nos seguintes termos (fls. 229):

> II.1 - PRELIMINAR
>
> Por tudo que constam dos autos, espera-se preliminarmente, a r. decisão ora recorrente, seja cancelada sumariamente, devendo os autos retornarem ao órgão Fiscalizador original , para que manifeste expressamente sobre as questões jurídicas e legais, principalmente a situação legal de Gestor do Recorrente e as provas ilegais obtidas pela fiscalização
>
> II.2 – MÉRITO
>
> Caso a preliminar seja ultrapassada, coisa essa que meramente se argumenta, quando ao mérito, uma vez provado a origem de todos os recursos e a qualificação do Recorrente, como Gestor, para gerir e administrar esses recursos financeiros, o presente auto é totalmente improcedente, caso contrário, estará caracterizado o *bis in idem,* dupla tributação sobre o mesmo fato gerador.

Documento nato-digital

> Ainda, diante da quebra do sigilo bancário do Recorrente, sem as respectivas autorizações expressas, elas são ilegais e não podem serem usadas como base na presente autuação, por serem provas inconstitucionais e ilegais.
>
> III – A CONCLUSÃO
>
> À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

A presente questão diz respeito ao Auto de Infração vinculado ao MPF de nº 0811900/00557/08 (fls. 3-195) que constitui crédito tributário de Imposto de Renda de Pessoa Física, em face de Marcelo Dias (CPF nº 275.115.618-53), referente a fatos geradores ocorridos no período de 31/01/2005 a 31/12/2005. A autuação alcançou o montante de R$ 1.105.210,74 (um milhão cento e cinco mil duzentos e dez reais e setenta e quatro centavos) (fl. 190). A notificação aconteceu em 22/12/2009 (fl. 192).

Nos campos de descrição dos fatos e enquadramento legal da notificação, consta o seguinte (fl. 193 e 194):

> 001 - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA.
>
> Omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimento, mantidas em instituições financeiras, em relação aos quais o sujeito passivo, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Demonstrativo de Depósitos/Créditos em anexo.

Fato Gerador	Valor Tributável ou Tributo	Multa (%)
31/01/2005	R$ 92.533,04	75,00
28/02/2005	R$ 116.824,50	75,00
31/03/2005	R$ 186.436,56	75,00
30/04/2005	R$ 71.327,10	75,00
31/05/2005	R$ 112.269,63	75,00
30/06/2005	R$ 152.418,51	75,00
31/07/2005	R$ 208.302,80	75,00
31/08/2005	R$ 310.493,43	75,00
30/09/2005	R$ 146.671,74	75,00
31/10/2005	R$ 146.512,37	75,00
30/11/2005	R$ 194.942,91	75,00
31/12/2005	R$ 127.405,30	75,00

> Enquadramento legal: Art. 849 do RIR/99; Art. 1º da Lei nº 11.119/05.

Documento nato-digital

O Termo de Verificação e Constatação de Ação Fiscal (fls. 178-187) informa:

> Que em 29/05/2008 foi lavrado o Termo de Início da Ação Fiscal (fls. 02 a 03), sendo o contribuinte intimado a apresentar os extratos bancários de conta-corrente, aplicações financeiras e cadernetas de poupança de todas as contas mantidas pelo declarante, cônjuge e seus dependentes referentes ao ano calendário de 2005. Em resposta a tal intimação, o contribuinte declarou ser administrador e gerente das movimentações comerciais da empresa MAQUINAS E FERROVIAS SÃO PAULO S/A, CNPJ 61.489.027/0001-84, apresentando documentos pertencentes a mesma (fls. 04a 29), deixando, no entanto, de apresentar os extratos bancários a ele solicitados.
>
> Que foram solicitados aos Bancos Bradesco S/A e Caixa Econômica Federal, através de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira — RMF, de 03/10/2008, os dados cadastrais e os extratos de movimentação em conta-corrente e de aplicações financeiras do contribuinte, cônjuge e seus dependentes (fls. 30 a 37).
>
> Que após análise da movimentação financeira constante nos referidos extratos bancários, no período de 01/01/2005 a 31/12/2005, foi o contribuinte intimado, conforme Termo de Intimação Fiscal de 25/05/2009, e reintimado, conforme Termo de Constatação e Reintimação Fiscal de 14/10/2009, a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nas operações de depósitos/créditos listados no Demonstrativo dos Depósitos/Créditos anexo ao Termo de Intimação Fiscal (fls. 38 a 57). Em resposta às intimações feitas, apresentou o contribuinte extratos bancários e Declaração de Informações Econômico-Fiscais de Pessoa Jurídica — DIPJ, ano-calendário 2005, da empresa supra citada (fls. 58 a 139), sem a real justificativa dos depósitos/créditos em questão.
>
> Que foi o contribuinte reintimado, conforme Termo de Constatação e Reintimação Fiscal de 05/11/2009 (fls. 140 a 150), a comprovar a origem dos créditos efetuados em suas contas-correntes. Em resposta a tal reintimação, apresentou o contribuinte um "relatório de origem da movimentação bancária" (fls.151 a 160), onde são relacionadas transferências de valores entre suas contas-correntes (de c/c 8211-6 — CEF para c/c 103.312-3 — Bradesco), bem como transferências efetuadas pela empresa supra citada (conta-corrente 22-000050-3 — CEF) para estas mesmas contas, vinculando tais créditos a pagamentos de notas fiscais, deixando, no entanto, de comprová-los por meio de documentos, bem como os depósitos efetuados nas demais contas-correntes (conforme Demonstrativo dos Depósitos/Créditos, fls. 142 a 150).
>
> Que foi o contribuinte reintimado, conforme Termo de Constatação e Reintimação Fiscal de 04/12/2009, a apresentar, em tempo hábil, a documentação exaustivamente solicitada. Ao deixar de fazê-lo, incorreu ele na infração de "omissão de rendimentos", nos termos da legislação vigente (artigo 42 da Lei n° 9.430 de 27/12/1996 e artigo 849, parágrafo 3° do RIR/99) cujos valores mensais estão identificados no Anexo I — Demonstrativo de Depósitos/Créditos (fls. 179 a 185).

Constam do processo, ainda, os seguintes documentos: i) Termo de início de processo fiscal, intimações e respostas do contribuinte (fls. 3-6, 40-79, 142-154, 163-172); ii) Procuração (fls. 7-10); iii) instrumento particular de gestão e outras avenças (fls. 11-13); iv) Ata de assembleia geral da empresa Máquinas e Ferrovias (São Paulo) S/A (fls. 14 e 15); v) Extratos de contas mantidas junto ao Banco Patrimonial (fls. 17-19), à Caixa Econômica federal (fls. 80-103); Relatório da diretoria de Máquinas e Ferrovias (São Paulo) S/A sobre seu balanço patrimonial de 2005 (fls. 20-24); vi) DIRPJ da mencionada empresa (fls. 25-30 e 104-141); vii) Informe de rendimentos financeiros do recorrente no ano-calendário de 2005, emitido pelo Banco Bradesco (fl. 31); viii) Solicitação de emissão de requisição de informação sobre movimentação financeira e RMF (fls. 32-39); ix) Relatório de origem de movimentações bancárias (fls. 155-162); x) DIRPF do recorrente (fls. 174-177).

Documento nato-digital

Em que pese a lavratura do Termo de Revelia da fl. 199, o contribuinte apresentou impugnação em 21/01/2020 (fls. 204-206) alegando que:

> a) Não houve omissão de receitas por parte do contribuinte, que ocupava o cargo de gestor da empresa Máquinas e Ferrovias (São Paulo) S/A.
>
> b) As verbas questionadas já foram devidamente declaradas e tributadas, quando da DIRPJ da mencionada empresa.
>
> c) O Fisco não demonstrou qualquer irregularidade que tivesse o condão de descaracterizar o contrato de gestão celebrado entre o recorrente e a pessoa jurídica em questão. A fiscalização insiste em desconsiderar a existência de tal contrato.

Ao final, formulou pedidos nos seguintes termos (fl. 206):

> Diante do exposto, a presente autuação é arbitrária, ilegal e abusiva, visto que todos os documentos contábeis e juridicamente legais foram juntados aos autos, agora, se o Fisco, sequer os examina e os confronta, é uma atitude abusiva e ilegal, vista que está sendo imprudente em suas decisão, as quais poderão ser objeto de ratificação judicial, n caso do Fisco permanecer com essa intenção, por ser este o único meio de alguém buscar seus interesses e direitos, se alegar injustiçado, além de ser de JUSTIÇA.

Foi elaborada Relação de Bens e Direitos para Arrolamento em nome do recorrente, conforme fls. 210 e 211.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I/RJ (DRJ), por meio do Acórdão nº 12-60.520, de 17 de outubro de 2013 (fls. 214-219), negou provimento à impugnação, mantendo integralmente a exigência fiscal, conforme o entendimento resumido na seguinte ementa:

> **ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF**
> Exercício: 2006
> DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.
> Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.
> Impugnação Improcedente
> Crédito Tributário Mantido

É o relatório do essencial

Voto

Conselheiro Maurício Dalri Timm do Valle, Relator.

Conhecimento

A intimação do Acórdão deu-se em 21 de novembro de 2013 (fl. 224), e o protocolo do recurso voluntário ocorreu em 11 de dezembro de 2013 (fls. 225-230). A contagem

Documento nato-digital

do prazo deve ser realizada nos termos do art. 5º do Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972. O recurso, portanto, é tempestivo, e dele conheço integralmente.

Mérito

1 Nulidade

Afirma a recorrente que há nulidade no que diz respeito à quebra de sigilo bancário efetuada pela fiscalização em face da contribuinte, visto que o acesso às informações desse gênero estava condicionado à autorização do Poder Judiciário.

Quanto à suposta nulidade do lançamento, é imprescindível observar o que prescrevem os arts. 59 a 61 do Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972. Logo no art. 59 há a previsão das circunstâncias consideradas nulidades do processo. São elas: i) os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; e ii) os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. Reconhecida a nulidade de qualquer ato, ela, nos termos do § 1º do art. 59, apenas prejudica os atos posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência. No caso de declaração de nulidade, o § 2º do mesmo artigo estabelece que a "*...a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo*". Entretanto, naqueles casos em que a autoridade julgadora puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, ela não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta, conforme preconiza o § 3º do art. 59.

Por fim, prescreve o art. 60 que outras irregularidades, incorreções ou omissões, que não as previstas no art. 59, "*...não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhe houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio*".

Imperioso reconhecer que no presente caso, não há nulidade, e, sequer, irregularidade, incorreção ou omissão. E, ainda que assim fosse, não resultou em qualquer prejuízo para a recorrente que, de fato, não apresentou os documentos exigidos.

2 Omissão de rendimentos

O presente caso trata de omissão de rendimentos. Esses casos são disciplinados pelo art. 42 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 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.

Documento nato-digital

> **§ 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
>
> § 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.

A doutrina especializada identifica a previsão do art. 42 da Lei 9.430/96 como presunção legal relativa. Carlos Renato Cunha, por exemplo, assim escreve:

> Típico exemplo da utilização das presunções legais relativas é previsão do art. 42 da Lei Federal 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Veja-se que ela não iguala os depósitos bancários à renda não declarada. Mas presume que o sejam caso o contribuinte não comprove o contrário. Vale dizer, distribuir o ônus probatório de forma a obrigar o contribuinte à comprovação de que os depósitos não são renda omitida. E, como exposto, não vemos maiores problemas na utilização de tais presunções, calcadas na praticidade da tributação, desde que observada a Legalidade, e efetivamente garantidos a ampla defesa e o contraditório. Claro que, com isso, se estivermos diante de prova impossível, está desfigurada a constitucionalidade do artifício legal. (Legalidade, Presunções e Ficções Tributárias: do Mito à Mentira Jurídica. *Revista Direito Tributário Atual.* v. 36. São Paulo: IBDT, 2016, p. 103)

Ao tratar especificamente dos depósitos bancários não contabilizados, Maria Rita Ferragut, diz:

> No que diz respeito à caracterização de depósitos bancários como indícios de renda omitida, são inúmeros aqueles que não os admitem por considerá-los insuficientes para tipificar a omissão, devendo estar presentes também outros indícios, tais como demonstração da natureza tributável do rendimento e de que pretensa renda não foi ainda tributada.
>
> Essa posição tem sido também a adotada pela jurisprudência, que a partir da edição da Súmula 182 do TFR ("É ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários"), pacificou-se nesse sentido.

Documento nato-digital

> Já uma corrente minoritária entende que os depósitos bancários caracterizam-se como prova suficiente do rendimento omitido, cabendo ao contribuinte provar o contrário.
>
> Entendemos que os depósitos bancários, se não acompanhados de outros indícios, não podem ensejar a presunção válida de omissão de rendimentos, uma vez que os valores depositados podem ser provenientes de renda não passível de tributação, ou, embora passível, já tributada. Poderá ocorrer, ainda, do contribuinte estar auferindo prejuízo no ano-calendário em que os depósitos foram detectados, o que afasta a incidência do imposto sobre a renda, ou, finalmente, consistir em renda a ser repassada para outro sujeito, tendo apenas transitado pela conta do fiscalizado.
>
> Portanto, os indícios, por si só, deveriam provocar apenas uma atividade fiscalizatória extremamente rigorosa, mas não a conclusão de existência de renda omitida. (*Presunções no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Quartir Latin, 2005, p. 235-236).

Passemos a examinar, ainda que brevemente, o que se entende por presunção. Nicola Abbagnano explica que "presunção", do latim *Praesumptio*, tem dois significados: i) "*Juízo antecipado e provisório, que se considera válido até prova em contrário*"; e ii) "*confiança excessiva em suas próprias possibilidades*" (*Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 926.).

Quanto às presunções em matéria tributária, utilizarei, aqui, as confiáveis lições de José Roberto Vieira, da Universidade Federal do Paraná:

> Encontramo-nos, aqui, num **terreno instável e pantanoso**, infestado de areias movediças, onde reina *"...generalizada confusión..."* – o **campo das presunções** – cuja *"...determinación de su concepto..."* resulta *"...especialmente controvertida"* (DIEGO MARÍN-BARNUEVO FABO). Aliás, *"...en pocas instituciones jurídicas existe un mayor desacuerdo dogmático"* (L. ROSENBERG). Panorama que talvez justifique essa realidade em que as *"...presunções... têm sido francamente hostilizadas. Há muita incompreensão e preconceitos cercando a matéria"* (LEONARDO SPERB DE PAOLA). GUSTAVO MIGUEZ DE MELLO compara o **exercício etimológico** de PONTES DE MIRANDA com o de F. R. DOS SANTOS SARAIVA, informando que o primeiro indicou como origem *"praesumere"*, do latim, enquanto o segundo apontou *"praesumptio, praesumptionis"*, também do latim, e como este último vocábulo latino deriva do primeiro, conclui que SARAIVA identificou a origem imediata, enquanto PONTES, a origem remota. *"Praesumere"* é a ação de supor antes, ao passo que *"**praesumptio, praesumptionis**"* é o resultado daquela ação, a **suposição antecipada** – ANTÔNIO GERALDO DA CUNHA.
>
> No que diz respeito a **um esforço de definição**, recorramos às penas dos doutrinadores que sobre essa figura já se debruçaram. Principiando pela doutrina autóctone, recuemos até a metade do século passado, para apanhar a lição de CLÓVIS BEVILAQUA: *"Presunção é a ilação que se tira de um fato conhecido para provar a existência de outro desconhecido"*; e sigamos pelo pensamento revolucionário de ALFREDO AUGUSTO BECKER, que, no particular, manteve a boa tradição: *"Presunção é o resultado do processo lógico mediante o qual do fato conhecido cuja existência é certa se infere o fato desconhecido cuja existência é provável"*. E demos o salto, tanto daqui para a doutrina estrangeira quanto do passado para a contemporaneidade, para recolher o escólio de uma de suas mais respeitadas autoridades, no panorama científico-tributário internacional, DIEGO MARÍN-BARNUEVO FABO, professor catedrático da Universidade Autônoma de Madri, que, um passo adiante daqueles autores nacionais, sublinha o nexo existente entre ambos os fatos: *"...presunción es el instituto probatorio que permite al operador jurídico considerar cierta la realización de un hecho mediante la prueba de otro hecho distinto al presupuesto fáctico de la norma cuyos efectos se pretenden, debido a la existencia de un nexo que vincula ambos hechos o al mandato contenido en una norma"*.

Documento nato-digital

Já no que concerne à sua **classificação tradicional**, a doutrina costuma lançar mão de **dois critérios**. O primeiro, **o da procedência**, segundo o qual, as presunções são enquadradas como "legais" ou *"juris"*, quando oriundas da construção legislativa; e como *"hominis"* ou "simples", quando advindas da elaboração do aplicador. O segundo critério, **o da força probatória**, de acordo com o qual, as presunções são tidas como "relativas" ou *"juris tantum"*, quando admitem prova em contrário; como "absolutas" ou *"juris et de jure"*, quando não a admitem; e como "mistas", quando admitem apenas determinadas provas. **Tal procedimento classificatório merece críticas**: a começar pela adoção de mais de um critério classificatório; a prosseguir, pela condição de que as presunções simples, sendo também disciplinadas pelo direito, em normas individuais e concretas, podem ser ditas também "legais"; e a concluir pelo fato de que as presunções absolutas, por inadmitirem prova contrária, perdem a conotação processual ou probatória, tornando-se materiais ou substantivas, e perdem, até mesmo, o cunho presuntivo. Contudo, como essas críticas não irão repercutir no desenvolvimento posterior da argumentação, seguiremos o exemplo de HELENO TAVEIRA TÔRRES e de PAULO DE BARROS CARVALHO, **acatando essa classificação, em caráter liminar e provisório**.

Cumpre-nos, ainda, como aprofundamento necessário, analisar, com brevidade, a **estrutura das presunções**, providência para a qual é, didaticamente, interessante, retomarmos duas de suas propostas de definição. A primeira delas, de ERNESTO ESEVERRI MARTINEZ, o catedrático espanhol da Universidade de Granada, que, em sua proposição, nomeia os fatos que a doutrina em geral se limita a indicar como "conhecido" ou "desconhecido" – razão pela qual, talvez, CRISTIANO CARVALHO tenha-a selecionado, acenando com a sua precisão: *"La presunción es un proceso lógico conforme al cual, acreditada la existencia de un hecho – el llamado hecho base – , se concluye en la confirmación de otro que normalmente le acompaña – el hecho presumido – sobre el que se proyectan determinados efectos jurídicos"*. A segunda, de MARIA RITA FERRAGUT, a professora do IBET-SP: *"Presunção é proposição prescritiva de natureza probatória, que, a partir da comprovação do fato diretamente provado (fato indiciário, fato diretamente conhecido, fato implicante), implica juridicamente o fato indiretamente provado (fato indiciado, fato indiretamente conhecido, fato implicado)"*.

Em outras palavras, dado crédito ao fato diretamente provado ou **fato-base**, dá-se por confirmado o fato indiretamente provado ou **fato presumido**, que, em geral, conecta-se ao primeiro. MARÍN-BARNUEVO chama o fato-base de **afirmação-base**, explicando-o como o fato cujo crédito permite ao órgão decisor dar crédito a outro fato; e designa o fato presumido de **afirmação-resultado** ou **afirmação presumida**, explicando-o como o fato sobre cuja veracidade se logra convicção como conseqüência do crédito dado à afirmação-base. Mantendo o sentido, MARIA RITA FERRAGUT opta por outra terminologia, lançando mão das expressões "**fato indiciário**" e "**fato indiciado**". E LEONARDO DE PAOLA refere o primeiro como **prova indiciária**, identificando-o como ponto de partida do processo mental da presunção, e o segundo como **presunção** propriamente dita, outorgando-lhe a condição de ponto de chegada do processo presuntivo.

E conclua-se essa rápida consideração da estrutura presuntiva pelo deitar olhos sobre o nexo lógico que une os dois fatos, acerca do qual, avisa MARÍN-BARNUEVO, existe *"...una conocida expresión frecuentemente utilizada por la jurisprudencia..."*: *"...puede afirmarse que para que las presunciones sean admitidas en juicio es preciso que sean 'precisas', 'graves', y 'concordantes'"*. Tais **requisitos do vínculo lógico** são oriundos do Código Civil francês, artigo 1.353; bem como do Código Civil italiano, artigo 2.729; e ainda do Código Processual Civil e Comercial argentino, artigo 163, inciso 5, como informam MARÍN-BARNUEVO e LEONARDO DE PAOLA. E bem explicita este último jurista paranaense, amparado na boa doutrina italiana, especialmente em CARLOS LESSONA e em FEDERICO MAFFEZZONI: grave é a presunção em que o liame entre os fatos é bastante provável; precisa, aquela em que o fato-base se relaciona

Documento nato-digital

com um único fato desconhecido, justamente aquele que se há de presumir; concordante, aquela em que, existindo mais de um fato-base, todos eles apontam em idêntica direção. Muito embora haja doutrina, como a de MARIA RITA FERRAGUT, que encara esses fatores como condições dos fatos indiciários; parece-nos assistir razão a MARÍN-BARNUEVO, no sentido de que eles fazem *"...referencia básicamente al enlace que vincula los hechos de las presunciones..."*, desde que, em todos eles, tem-se em vista exatamente esse laço; como sustenta também FABIANA DEL PADRE TOMÉ, referindo-se à *"...conexão entre o indício e o fato relevante..."*; a despeito de que, como os requisitos dizem respeito à relação entre os fatos, abarcando toda a estrutura presuntiva, **entendemos igualmente possível dizê-los atinentes ao todo da presunção**, como o fazem, por exemplo, LIZ COLI CABRAL NOGUEIRA, no passado, e LEONARDO DE PAOLA, no presente.

Ainda no que tange à nomenclatura, registre-se a existência de **identidade plena entre os fatos-base e o que, de hábito, chama-se de "indícios"**. Nada obstante o fácil diagnóstico de um sentido secundário, com o significado de "suspeita" ou "dúvida razoável", no âmbito penal; está fora de questão que a palavra aponta, primordial e predominantemente, na direção dos fatos-base (MARÍN-BARNUEVO). Trata-se de indício apenas como ponto de partida, como causa, cujo efeito é o fato alcançado indiretamente ou a própria presunção (ISO CHAITZ SCHERKERKEWITZ e YONNE DOLÁCIO DE OLIVEIRA). Eis que o indício, definitivamente, *"...não equivale à prova..."*, como, desde há muito, advertem AIRES FERNANDINO BARRETO e CLÉBER GIARDINO, " *...é simples **início de prova**, exigente de corroboração que possa induzir verossimilhança aos fatos..."*; e como previne PAULO DE BARROS CARVALHO, é o *"...motivo para desencadear-se o esforço de prova"*, o *"...pretexto jurídico que autoriza a pesquisa..."*.

Encaminhemo-nos para o término deste item de exposição das principais generalidades acerca das presunções, apontando, no entanto, a **extrema cautela** que, em relação às presunções em geral e às ficções, aconselham os especialistas do Direito Tributário, sublinhando os riscos envolvidos no seu uso, e grifando o necessário e diligente cuidado para sua interpretação e aplicação. É essa a preocupação que levou JOSÉ LUIS PÉREZ DE AYALA, o catedrático espanhol, já em 1970 – embora voltado para as ficções, mas tendo antes sublinhado a grande proximidade delas com as presunções – a erigir à condição de uma das conclusões de sua obra sobre o tema, a formulação de um juízo crítico negativo quanto a essas figuras, quando objetivando apenas conferir maior agilidade e simplificação à administração tributária. Entre nós, registre-se a advertência de JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, nos começos dos anos noventa do século passado: *"...as figuras da presunção, ficção e indícios, só podem ser aceitas com máxima cautela e absoluto rigor jurídico"*; secundado, naquela mesma década, pelas vozes fortes de LEONARDO DE PAOLA, um dos especialistas nacionais no tema, que recomendava, para as presunções, a *"Sua manipulação prudente..."*; e do mestre PAULO DE BARROS CARVALHO: *"No que concerne ao direito tributário, os recursos à presunção devem ser utilizados com muito e especial cuidado"*. No ano 2000, ecos da mesma preocupação, no posicionamento de SUSANA CAMILA NAVARRINE e RUBÉN O. ASOREY, juristas argentinos, para os quais a utilização de presunções e ficções no Direito Tributário deve ser condicionada *"...al mínimo de lo posible"*. Da década passada, a confluente manifestação, na doutrina pátria, de ISO SCHERKERKEWITZ, que advoga *"...um uso extremamente parcimonioso e controlado desses instrumentos lógico-jurídicos"*; com a qual convergiu ANGELA MARIA DA MOTTA PACHECO: *"...as presunções... São... normas de exceção e como tal devem ser utilizadas pela administração fazendária, nos estreitos limites..."*.

Cauteloso será o uso das presunções, quando atento ao cumprimento das **condições que devem ser observadas para o seu emprego**. Condições dentre as quais colocamos em relevo, com SUSANA CAMILA NAVARRINE e RUBÉN O. ASOREY, de saída, a necessidade de que **elas estejam *"...siempre en los enmarcados en los principios constitucionales"***. Tal requisito é confirmado pela nossa doutrina, da qual invocamos,

Documento nato-digital

para ilustrar, GUSTAVO MIGUEZ DE MELLO, do passado – *"Quanto às presunções... a prevalência delas terá de ser também estudada à luz das normas e dos princípios constitucionais"*; e MARIA RITA FERRAGUT, do presente – *"Para que a utilização das presunções... seja constitucional e legal... observância dos princípios da segurança jurídica, legalidade, tipicidade, igualdade, capacidade contributiva..."*. E, novamente com NAVARRINE e ASOREY, sublinhamos uma segunda condição para que o uso das presunções seja prudente e acautelado: a necessidade de ***"...existir una relación de razonabilidad entre el hecho base y el presumido"***. Requisito esse cuja ratificação da doutrina nacional deixamos ao encargo de HUGO DE BRITO MACHADO: *"Se tal relação é regida por uma lei natural, inalterável, constante, o resultado a que se chega é mais do que uma presunção. É uma evidência"*. Donde se conclui que, sendo irrazoável aquela relação, menos do que uma presunção, trata-se de uma imprudência !

Como a condição do respeito aos princípios constitucionais parece-nos a de superior relevância, ponhamos-lhe grifo para encerrar este item. Seriam diversos os princípios tributários potencialmente envolvidos, mas, a bem da síntese, fiquemos com o **Princípio da Capacidade Contributiva, aquele para o qual as presunções oferecem o maior risco**. Contenta-nos, no caso, a explicação competente e objetiva de PEDRO MANUEL HERRERA MOLINA, o catedrático espanhol da UNED: *"Uma restricción del derecho a la prueba que nos permita tributar con arreglo a los rendimientos reales... lesiona... el derecho a contribuir con arreglo a la capacidad económica"*. Por isso NAVARRINE e ASOREY entendem que essas figuras *"...resultan contrarias por definición al principio de capacidad económica y al principio de igualdad"*; e por isso SCHERKERKEWITZ conclui que *"Invariavelmente esse princípio sai arranhado quando se utiliza esses instrumentos jurídicos"* (*sic*). (IR Fonte sobre pagamentos sem causa e a beneficiários não identificados: a presunção de um Estado Mosquito. *Racionalização do sistema tributário*. São Paulo: Noeses, 2017, p. 656-664).

Se o art. 42 da Lei 9.430/96 encerra presunção relativa, como afirmou a doutrina, é importante analisarmos especificamente essa espécie de presunção. Novamente, valho-me dos ensinamentos de José Roberto Vieira:

E é amplo o leque probatório, desde que, como já ensinavam AIRES FERNANDINO BARRETO e CLÉBER GIARDINO, todas as presunções *"...são contrastáveis, eis que servientes à apreensão da verdade material..."*, especialmente as relativas. FERRAGUT revela-nos, com exatidão, o alcance da abertura desse leque, ao eleger como característica dessas presunções o *"...admitirem prova a favor de outros indícios, e em contrário ao fato indiciário, à relação de implicação e ao fato indiciado"*.

Ainda no que tange às **características das presunções relativas**, acrescente-se, com essa mesma jurista, o fato de que **a sua adoção deve ser motivada**. E justifica: *"...a motivação dos atos jurídicos permite que os mesmos sejam controlados, evitando-se com isso o arbítrio e possibilitando o efetivo exercício do contraditório..."*. É verdade que a motivação dos atos vincula a sua prática, facilita o seu controle e, com isso, afasta os eventuais excessos administrativos. No entanto, há outra vantagem advinda da motivação que antecede a essa: é o próprio conhecimento da presunção em si, com a explicitação original de quem a construiu; como, aliás, reconhece, na sequência, a própria autora: *"Somente por meio da motivação é que se faz possível conhecer os elementos que levaram o aplicador da norma a formar sua convicção acerca da existência do evento indiretamente conhecido descrito no fato"*.

[...]

Já estudamos, no item 5, **os requisitos do vínculo lógico que se trava entre o fato-base e o fato presumido**, exigindo-se que essa relação seja grave, precisa e concordante. Desatendidos esses requisitos, *"...o uso das presunções seria uma fonte perene de arbítrio"*, nas palavras de LEONARDO DE PAOLA. Aliás, também já

Documento nato-digital

> mencionamos, no mesmo item 5, que uma das condições para o emprego cauteloso das presunções é a necessidade de que exista *"...una relación de razonabilidad entre el hecho base y el presumido"* (NAVARRINE e ASOREY); e só será razoável esse nexo se representado por *"...uma correlação segura e direta..."* (LUIZ MARTINS VALERO).
>
> Reparemos na boa lição que, neste ponto, ministra LUÍS EDUARDO SCHOUERI, da USP: *"...para que se desminta a relação da causalidade entre o indício e o fato a ser provado, pode-se não só mostrar que a referida relação não atende aos reclamos da lógica... como, simplesmente, demonstrar que a ocorrência do indício permitiria não só a ocorrência do fato alegado como também outro diverso"*. É que **o requisito da precisão do liame determina que, do fato-base, não se possa inferir mais do que um único e exclusivo fato a ser presumido**: a *"...única possibilidade plausível"*, diz FABIANA TOMÉ; porque, assim não sendo, *"...se a verificação do indício a partir do qual se constrói a conclusão permitir não só a ocorrência do fato alegado, como também outro diverso, indevido seu emprego para fins de constituição do fato jurídico tributário"*. E confirma-o a jurisprudência administrativa: *"PRESUNÇÃO COMO MEIO DE PROVA... não prosperando a ilação quando os 'indícios escolhidos autorizem conclusões antípodas'"*.
>
> Se o **fato-base** é a existência de pagamentos sem causa ou a beneficiários não identificados; e o **presumido** é que tais pagamentos foram efetivados em operações sujeitas à tributação na fonte; **a conexão só será precisa se, diante do primeiro, restar o segundo como a única possibilidade, sem qualquer outra alternativa válida**. (IR Fonte sobre pagamentos sem causa e a beneficiários não identificados: a presunção de um Estado Mosquito. *Racionalização do sistema tributário*. São Paulo: Noeses, 2017, p. 674-678).

Afigura-se relevante, portanto, examinar a exposição de motivos do Projeto de Lei que ensejou a Lei 9.430/96, especificamente naquilo que trata do disposto no artigo 42. Trata-se da Exposição de Motivos n. 470, de 15 de outubro de 1996, do Senhor Ministro de Estado da Fazenda, no Projeto de Lei n. 2448/1996:

> 19. Também visando a maior eficiência da fiscalização tributária, os arts. 40 a 42 criam novas presunções de omissão de receitas ou rendimentos, na forma jurídica adequada, possibilitando a caracterização daquele ilícito fiscal de maneira mais objetiva.
>
> [...]
>
> 22. Por sua vez, o art. 42 objetiva o estabelecimento de critério juridicamente adequado e tecnicamente justo para apurar, mediante a análise da movimentação financeira de um contribuinte, pessoa física ou jurídica, valores que se caracterizem como rendimentos ou receitas omitidas. Há que se observar que a proposta não diz respeito ao acesso às informações protegidas pelo sigilo bancário, as quais continuarão sendo obtidas de acordo com a legislação e a jurisprudência atuais. O que se procura é, a partir da obtenção legítima das informações, caracterizar-se e quantificar-se o ilícito fiscal, sem nenhum arbítrio, mas de forma justa e correta, haja vista que a metodologia proposta permite a mais ampla defesa por parte do contribuinte. Também importa ressaltar que a análise da movimentação deverá ser individualizada por operação, onde o contribuinte terá a oportunidade de, caso a caso, identificar a natureza e a origem dos respectivos valores. Dessa forma tem-se a certeza de que as parcelas não comprovadas, ressalvadas transferências entre contas da mesma titularidade ou movimentações de pequeno valor (art. 42, § 3º), sejam, efetivamente, fruto de evasão tributária.

A exposição de motivos parece não deixar dúvida. A presunção em questão visa a maior eficiência da fiscalização, e, com isso, da arrecadação em si. Aqui, seria possível cogitar de inconstitucionalidade. Entretanto, ressalto que em atendimento ao disposto pela Súmula

Documento nato-digital

CARF n. 2, de acordo com a qual "*o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*", deixo de examinar a questão do viés da sua constitucionalidade.

Em que pese tais considerações, é importante observar que o § 3º prescreve que os créditos serão analisados individualizadamente. Ou seja, o ônus da prova para a comprovação de que os depósitos não são omissão de receita incumbe ao contribuinte. Observe-se o contido no Acórdão 12-60.520, da DRJ, às fls. 218-219:

> De acordo com o art. 42, caput, da Lei 9.430/96, é imprescindível que o contribuinte comprove, mediante documentação hábil e idônea, que os valores creditados em suas contas não constituem rendimentos tributáveis, e, não logrando êxito em fazê-lo, tem o Fisco autorização legal para considerar ocorrido o fato gerador do imposto. Trata-se de presunção legal relativa, que transfere o ônus da prova para o contribuinte.
>
> Ou seja, diante da falta de comprovação da origem dos recursos utilizados nos depósitos bancários, tem a autoridade fiscal o dever de considerar tais valores tributáveis e omitidos na Declaração de Ajuste Anual do contribuinte, efetuando o lançamento do imposto correspondente.
>
> Cumpre salientar que, em se tratando de matéria tributária, a responsabilidade pelas infrações é objetiva, não dependendo da existência de culpa ou dolo do agente, conforme previsto no art. 136 do Código Tributário Nacional – CTN. De acordo com o art. 142 do mesmo dispositivo legal, a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, não cabendo discussão sobre a aplicabilidade ou não das determinações legais vigentes. As normas devem ser seguidas nos estritos limites do seu conteúdo, independente das razões de cunho pessoal apresentadas pelo contribuinte.
>
> No que concerne aos valores levantados, importa ressaltar que o art. 42, §3°, da Lei 9.430/96 exige que os créditos sejam analisados de forma individualizada para efeito de determinação da receita omitida, cabendo ao contribuinte demonstrar, através de documentos com indicação de datas e valores coincidentes, a exata correlação entre os depósitos efetuados e a origem dos recursos utilizados.
>
> Assim, se o sujeito passivo pretendia contestar os valores lançados pela autoridade fiscal, deveria tê-lo feito individualmente, mediante apresentação de provas hábeis, idôneas e robustas, não sendo suficiente a demonstração de que exercia a função de representante legal e/ou gestor da pessoa jurídica Máquinas e Ferrovias São Paulo S/A à época.
>
> Deve-se esclarecer que a relação jurídica entre o sujeito passivo e a empresa não foi desconsiderada pela autoridade lançadora, como consta da impugnação que aqui se aprecia. No entanto, equivoca-se o interessado ao entender que uma procuração e um instrumento particular de gestão (fls. 08/13) podem ser considerados documentos hábeis para a comprovação da origem de todos os depósitos incluídos no lançamento. Ainda que tenha poderes para representar e gerir a Máquinas e Ferrovias São Paulo S/A, não se pode concluir, sem o exame de outros elementos de prova, que todos os depósitos efetuados em suas contas pessoais consistem em operações e negócios da empresa. Para comprovar o alegado, caberia ao contribuinte demonstrar, através de documentação hábil e idônea, que os créditos a serem justificados não lhe pertenciam, ou seja, que esses valores apenas transitaram em suas contas.
>
> Note-se que durante a ação fiscal o contribuinte já havia vinculado alguns depósitos oriundos da conta corrente da pessoa jurídica a pagamentos de notas fiscais, deixando, no entanto, de comprová-los por meio de documentos, conforme se extrai do Termo de Verificação e Constatação de Ação Fiscal (fls. 179). No entanto, mesmo diante da não

Documento nato-digital

> aceitação de tais argumentos pelo auditor por falta de comprovação, o autuado não trouxe à sua defesa qualquer elemento de prova.
>
> Cabe salientar que a comprovação de origem dos recursos deve contemplar não somente a procedência, mas também a natureza dos créditos efetuados na conta corrente do contribuinte. Isso se fundamenta no fato de que, para se submeter os depósitos de origem comprovada às normas de tributação específicas, conforme preceitua o art. 42, § 2º, da Lei 9.430/96, faz-se necessário determinar, de forma inequívoca, se os valores creditados são ou não rendimentos tributáveis na pessoa física. Não sendo possível determinar a natureza dos valores depositados, estes são simplesmente considerados receita omitida. O ônus da prova em contrário, como já mencionado, recai exclusivamente sobre o sujeito passivo.
>
> Assim, tendo em vista que o interessado não logrou evidenciar, através de elementos de prova hábeis e idôneos, a que se referem os créditos efetuados em suas contas bancárias, concluo pelo correto procedimento da fiscalização ao tributar esses valores com base na omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada.

No presente caso, o recorrente não se desincumbiu de tal ônus. Não há demonstração individualizada da origem de tais créditos.

A sistemática de apuração de omissão de rendimentos por meio de depósitos bancários determinada pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 prevê que os créditos sejam analisados individualmente, não se confundindo em absoluto com a verificação de variação patrimonial. Assim, não há fundamento na utilização genérica de rendimentos declarados.

Cito, ainda, a Súmula CARF 26:

> A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Sem razão, portanto, o recorrente.

Conclusão

Diante disso, voto por negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Maurício Dalri Timm do Valle

Documento nato-digital