



Processo nº 10950.723734/2012-27
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2301-009.049 – 2^a Seção de Julgamento / 3^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 09 de abril de 2021
Recorrente MARIA JOSÉ CERANTO GARCIA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2008, 2009, 2010

ÔNUS DA PROVA DO RECORRENTE

Quanto ao ônus da prova do particular, o Decreto n. 70.235/72, prescreve no art. 16, III, incumbir ao impugnante o ônus da prova. Isso porque, o inciso III estabelece que a impugnação deverá mencionar “...os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir”.

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: João Mauricio Vital, 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).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 388-428) em que a recorrente sustenta, em síntese:

- a) Não há que se falar em entrega espontânea de extratos bancários no caso em tela, pois a contribuinte foi intimada a fornecê-los sob as penas previstas em lei. A espontaneidade deixa de existir assim que a pessoa física toma ciência do termo de início de fiscalização.
- b) Foi realizada quebra indevida do sigilo bancário da recorrente, posto que ausente prévia autorização judicial. Nesse sentido, é inconstitucional a Lei Complementar nº 105/2001.
- c) Nenhuma das prorrogações do MPF respeitaram os prazos previstos na Portaria RFB nº 11.371/07, pois superiores aos prazos de 60 (sessenta) dias previstos na Portaria. Nesse caso, poderia novo MPF ser emitido, no entanto, novo AFRFB deveria ter assumido os trabalhos de fiscalização, o que não ocorreu.
- d) Para o reconhecimento de omissão de rendimentos por parte da recorrente é necessário mais do que mera presunção, pois é preciso que outros meios de prova que indique que a renda foi consumida, sendo indevida a invenção do ônus da prova operada pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96.
- e) A exigência de revelação do histórico de cada depósito bancário em relação à pessoa física, não obrigada a manter registro contábil-fiscal, extrapola o princípio da razoabilidade que é um limite imposto ao próprio legislador. Trata-se de uma exigência de impossível cumprimento.
- f) Foram indevidamente incluídos como base de cálculo do imposto depósitos relativos a receitas da atividade rural já regularmente declaradas na DIRPF do cônjuge da contribuinte (NELSON GARCIA), além de depósitos efetuados com cheques sacados de contas bancárias da própria declarante e/ou de seu cônjuge e até mesmo valores que não representam

depósitos nem créditos. Os documentos juntados pela contribuinte dão conta das origens de tais depósitos.

- g) Cabe diligência por parte da fiscalização para que auditores fiscais lotados na DRFB/Maringá, façam a verificação junto à empresa pagadora das receitas declaradas sobre as origens dos depósitos efetuados e que foram declaradas por ela em documento juntado ao presente processo.
- h) Em relação ao depósito de R\$ 1.700,00, na conta corrente 18.513-2, agência 0645-9, mantida junto ao Banco do Brasil, não cabe à contribuinte comprovar se seu esposo declarou esses rendimentos à receita federal ou se seriam isentos lá na declaração do esposo. Tal verificação deve ser feita por quem tem o poder legal de fazê-lo. E o fizeram, pois constituíram, também no esposo, auto de infração com base em movimentação bancária.
- i) A recorrente comprovou, por meio de escritura pública de compra e venda, que a obtenção dos recursos depositados em dinheiro em suas contas bancárias decorreu da alienação de bem imóvel.
- j) De acordo com o relator, não foi comprovado um depósito no valor de R\$ 3.000,00 feito em 01/03/07, na conta corrente 18.513-2, agência 0645-9, mantida junto ao Banco do Brasil, realizado com parte de recurso retirado em dinheiro, na data 27/02/07 (dois dias antes), no valor de R\$ 55.000,00, por não serem coincidentes em datas e valores. No caso há excesso de rigor na análise do depósito. O depósito em dinheiro foi oriundo de recurso em dinheiro em posse do contribuinte. Comprovou a contribuinte ter a posse de dinheiro, pois fez uma retirada dois dias antes em valor bem superior ao depositado. Outro depósito de R\$ 2.000,00, efetuado em condições semelhantes na conta corrente nº 16347-77, da agência 0125 do HSBC, também foi indevidamente incluído na base de cálculo.
- k) Também devem ser excluídos do lançamento os depósitos realizados na conta da recorrente através de cheques emitidos por seu cônjuge.
- l) Por fim, devem ser excluídos do lançamento os depósitos efetuados correspondentes a parte das vendas de novilhas realizadas por Carlos Eduardo Pedroso, pois a documentação juntada aos autos comprova tal origem.

Ao final, formula pedidos nos seguintes termos:

Ante o exposto, requer sejam acolhidas as preliminares de nulidade do auto de infração lavrado e, no mérito, seja a presente impugnação totalmente acolhida, primeiramente para desconsiderar a base imponível por não guardar qualquer correspondência com renda consumida e/ou excluir da base de cálculo os depósitos e créditos oriundos de recursos gerados pela atividade da contribuinte ou transferidos (por TED ou por cheques emitidos e depositados) de contas de propriedade da contribuinte ou de seu cônjuge, e, por conseguinte, cancelar o crédito tributário exigido, determinando o seu competente arquivamento.

A presente questão diz respeito a Auto de Infração vinculado ao MPF nº 0910500/00312/11 (fls. 2-277) que constitui crédito tributário de Imposto de Renda de Pessoa Física, em face de Maria José Ceranto Garcia (CPF nº 602.257.349-15), referente a fatos geradores ocorridos no período de 31/01/2007 a 31/12/2009. A autuação alcançou o montante de R\$ 561.854,12 (quinhentos e sessenta e um mil oitocentos e cinquenta e quatro reais e doze centavos). A notificação aconteceu em 27/07/2012 (fl. 280).

Nos campos de descrição dos fatos e enquadramento legal da notificação, consta o seguinte (fls. 272-274):

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 conta(s) de depósito ou de investimento, mantida(s) em instituição(ões) financeira(s), em relação aos quais o sujeito passivo, regularmente intimado, não comprovou, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme demonstrado no Termo de Verificação e Constatação Fiscal anexa, parte integrante e inseparável do presente termo.

Fato Gerador	Valor Tributável ou Imposto	Multa (%)
31/01/2007	R\$ 15.077,54	75,00
28/02/2007	R\$ 10.794,41	75,00
31/03/2007	R\$ 13.624,53	75,00
30/04/2007	R\$ 10.124,50	75,00
31/05/2007	R\$ 11.221,72	75,00
30/06/2007	R\$ 107.832,79	75,00
31/07/2007	R\$ 25.693,51	75,00
31/08/2007	R\$ 15.017,30	75,00
30/09/2007	R\$ 16.922,52	75,00
31/10/2007	R\$ 25.616,19	75,00
30/11/2007	R\$ 9.901,73	75,00
31/12/2007	R\$ 31.921,92	75,00
31/01/2008	R\$ 12.146,81	75,00
28/02/2008	R\$ 12.882,30	75,00
31/03/2008	R\$ 9.627,20	75,00
30/04/2008	R\$ 18.566,87	75,00
31/05/2008	R\$ 11.784,49	75,00

30/06/2008	R\$ 85.000,00	75,00
31/07/2008	R\$ 22.894,21	75,00
31/08/2008	R\$ 9.069,71	75,00
30/09/2008	R\$ 14.880,63	75,00
31/10/2008	R\$ 55.643,16	75,00
30/11/2008	R\$ 15.263,12	75,00
31/12/2008	R\$ 40.808,83	75,00
31/01/2009	R\$ 15.877,12	75,00
28/02/2009	R\$ 6.999,63	75,00
31/03/2009	R\$ 45.847,19	75,00
30/04/2009	R\$ 22.336,14	75,00
31/05/2009	R\$ 58.759,83	75,00
30/06/2009	R\$ 81.937,70	75,00
31/07/2009	R\$ 27.721,30	75,00
31/08/2009	R\$ 13.447,45	75,00
30/09/2009	R\$ 30.972,28	75,00
31/10/2009	R\$ 25.441,71	75,00
30/11/2009	R\$ 12.487,41	75,00
31/12/2009	R\$ 70.323,55	75,00

Enquadramento legal: Art. 849 do RIR/99; Art. 1º da Lei nº 11.482/07.

O Termo de verificação e constatação fiscal (fls. 258-265) informa que:

Tempestivamente a contribuinte através da petição encaminhada via Correio — SEDEX, recepcionada em 23/08/2011, solicitou e obteve a dilação do prazo para o atendimento da intimação contida no Termo de Início de Procedimento Fiscal, conforme Termo de Prorrogação de Prazo para Atendimento de Intimação Fiscal lavrado em 24/08/2011, do qual teve ciência e recebeu cópia via correio em 26/08/2011, conforme AR.

Decorrido o prazo para a apresentação das informações e dos documentos solicitados no "Termo de Início de Procedimento Fiscal, a contribuinte foi reintimada a fazê-lo através da Intimação Fiscal — SAFIS/DRF/MGÁ/MJCG N° 001/2011, de 21/10/2011, da qual teve ciência e recebeu cópia via Correio em 21/10/2011, conforme AR.

Cientificada da Intimação acima, a contribuinte solicitou através da petição apresentada em 24/10/2011, dilação do prazo por mais 60 (sessenta) dias. O pedido foi deferido parcialmente através do Termo de Prorrogação de Prazo para Atendimento de Intimação n° 002/11, lavrado em 04/11/2011, do qual teve ciência e recebeu cópia via Correio, em 08/11/2011, conforme AR.

Em 20/11/2011, a contribuinte a petição datada de 20/11/2011 acostada dos extratos bancários do Banco do Brasil S/A — conta 18.513-2; HSBC — conta 0125-16347-77; e do Banco Itaú — conta 07894-6, correspondentes aos anos de 2007 a 2009.

Diane da apresentação parcial das informações e dos documentos solicitados no início da ação fiscal, a contribuinte foi intimada a prestar novos esclarecimentos através da Intimação Fiscal — SAFIS/DRF/MGA/MJCG n.º 002/2011, de 12/12/2011, do qual teve ciência e recebeu cópia via Correio, em 14/12/2011, conforme AR.

Em face do atendimento parcial ao Termo de Início do Procedimento Fiscal, reiterado pelas Intimações Fiscais SAFIS/DRF/MGÁ/MJCG n.º 001/2011 e 002/2011, de 21/10/2011 e 12/12/2011, respectivamente, a contribuinte foi novamente intimada e reintimada a prestar esclarecimentos através da Intimação Fiscal SAFIS/DRF/MGÁIMJCG n.º 003, de 17/01/2012, do qual teve ciência e recebeu cópia via Correio, em 19/01/2012, conforme AR.

Transcorrido mais de 60 (sessenta) dias do prazo concedido para o atendimento das intimações acima mencionadas, a contribuinte apresentou em 17/04/2012 a petição datada de 10/04/2012, acostada dos documentos nela mencionados, assinada pelo seu representante legal "Denisio Medeiros".

Em 31/05/2012, apresentou nova petição datada de 31/05/2012, assinada pelo seu representante legal "Denisio Medeiros", onde informa em síntese:

- Que, "por falta de informações, ao fazer a DIRPF separada do meu cônjuge, ao invés de declarar todos os bens em uma única declaração, de um dos cônjuges, declarei alguns bens e dívidas em minha declaração, e os demais bens foram declarados na declaração do cônjuge Nelson Garcia, razão pela qual pode haver alguma divergência entre origens e aplicações dos recursos";
- Que, "para restabelecimento da verdade, as análises das evoluções patrimoniais sejam feitas como se os bens tivessem sido declarados em uma única declaração".

A escolha da forma de tributação é uma opção do contribuinte, a qual se torna definitiva com a entrega da mesma. Desse modo, não é permitida a retificação da declaração de rendimentos visando à troca de opção por outra forma de tributação, após o prazo previsto para a entrega da declaração e, também, não esteja sob procedimento de ofício.

Ademais, decorrido o prazo para o atendimento das intimações, a contribuinte, foi novamente reintimada a fazê-lo através do Termo de Reintimação Fiscal — SAFIS/DRF/MGA/MJCG n.º 001, de 25/05/2012, do qual teve ciência e recebeu cópia via Correio, em 29/05/2012, conforme AR.

Vencido o prazo para o atendimento da reintimação acima e não tendo a contribuinte apresentada nenhuma informação ou justificativa sobre os documentos solicitados no decorrer da ação fiscal, foi lavrada a Reintimação Fiscal — SAFIS/DRF/MGA/MJCG N.º 002, em 12/06/2012, do qual teve ciência e recebeu cópia via Correio, em 14/06/2012, conforme AR, para que se manifeste e comprove mediante a apresentação de documentos hábeis e idôneos, coincidentes em datas e valores, as origens dos recursos depositados e ou creditados em suas contas correntes mantidas junto às instituições bancárias.

Uma vez mais, transcorrido o prazo concedido, a contribuinte, deixou de se manifestar e tão pouco apresentou quaisquer elementos que comprove, coincidentes em datas e valores, as origens dos recursos depositados e creditados em suas contas correntes mantidas junto às Instituições Bancárias.

Constam do processo, ainda, os seguintes documentos: i) Relativos às declarações de ajuste anual da contribuinte (fls. 7-23, 143-151, 172-180, 202-223); ii) Termo de início de

procedimento fiscal, intimações e respostas da contribuinte (fls. 24-47); iii) Extratos de contas bancárias da contribuinte mantidas junto ao Banco Itaú (fls. 48-54), Banco HSBC (fls. 55-94) e Banco do Brasil (fls. 98-142) e iv) Demonstrativo dos valores depositados e creditados na conta bancária com origem dos recursos a comprovar (fls. 152-171, 181-200, 224-256).

A contribuinte apresentou impugnação em 30/07/2012 (fls. 283-314) pela qual levantou argumentos semelhantes aos posteriormente apresentados no recurso voluntário, com exceto a alínea “a” acima elencada. Ao final, formulou pedidos nos seguintes termos:

Ante o exposto, requer sejam acolhidas as preliminares de nulidade do auto de infração lavrado e, no mérito, seja a presente impugnação totalmente acolhida, primeiramente para desconsiderar a base imponível por não guardar qualquer correspondência com renda consumida e/ou excluir da base de cálculo os depósitos e créditos oriundos de recursos gerados pela atividade da contribuinte ou transferidos (por TED ou por cheques emitidos e depositados) de contas de propriedade da contribuinte ou de seu cônjuge. e, por conseguinte, cancelar o crédito tributário exigido, determinando o seu competente arquivamento.

A impugnação veio acompanhada dos seguintes documentos: i) Demonstrativo de movimentação bancária da impugnante (fl. 315); ii) Informações prestadas pela Usina de Beneficiamento de Leite Latco – LTDA acerca de depósitos por ela efetuados na conta corrente 18.513-2, Agência: 0645-9, do Banco do Brasil (fls. 316-319); iii) Extratos das contas bancárias da contribuinte mantidas junto ao Banco HSBC, com o carimbo “SEM ATESTE – não apresentou os documentos originais” (fls. 320-347); iv) Notas fiscais de produtor ilegíveis (fls. 348-354) e quase ilegíveis (fls. 356 e 357), todas com o carimbo “SEM ATESTE – não apresentou os documentos originais”.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba/PR (DRJ), por meio do Acórdão nº 06-43.905, de 25 de setembro de 2013 (fls. 362-383), deu provimento parcial à impugnação, mantendo a exigência fiscal em parte, conforme o entendimento resumido na seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Exercício: 2008, 2009, 2010

ACESSO DO FISCO A DADOS BANCÁRIOS. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

A autoridade fiscal tem acesso às informações bancárias do contribuinte, inclusive aos dados referentes a contas de depósitos, poupança e aplicações financeiras, independentemente de autorização judicial.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove a origem dos recursos. Para essa finalidade, os créditos/depósitos devem ser analisados de maneira individualizada e a comprovação da origem dos recursos deve ser feita por meio de documentação hábil e idônea.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. TRANSFERÊNCIA ENTRE CONTAS DE MESMA TITULARIDADE

Para efeito de determinação da receita omitida, não são considerados os depósitos decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

É o relatório do essencial

Voto

Conselheiro Maurício Dalri Timm do Valle, Relator.

Conhecimento

A intimação do Acórdão deu-se em 14 de outubro de 2013 (fl. 386), e o protocolo do recurso voluntário ocorreu em 12 de novembro de 2013 (fls. 388-428). A contagem 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

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.

§ 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 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.

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: Quartier 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 moveidas, 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”.

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 TÓRRES 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**, providênciam 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 consequência 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 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, 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 relación 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... lesionan... 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 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 fato 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 constitucionalidade. Entretanto, ressalto que em atendimento ao disposto pela Súmula CARF n. 2, de acordo com a qual “*o CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade 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. 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, a recorrente.

Conclusão

Dante de todo o exposto, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Maurício Dalri Timm do Valle