



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15215.720003/2011-86
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2301-008.652 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de janeiro de 2021
Recorrente JOSE BERNARDINO BATISTA MURTA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2008

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF 2.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA

Incabível a declaração de existência de cerceamento de defesa eis que garantido ao sujeito passivo o exercício do contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes

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 conhecer parcialmente do recurso, não conhecendo das alegações de inconstitucionalidade, e na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(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. 535-545) em que o recorrente sustenta, em síntese:

- a) Houve cerceamento de defesa na medida em que o recorrente foi impossibilitado de ter acesso às cópias dos autos do procedimento fiscal, obrigando-o a formular sua impugnação administrativa sem o devido conhecimento do processo.
- b) A quebra de sigilo bancário prescrita pela Lei Complementar 105/2001 é inconstitucional, por permitir o acesso às informações pessoais do contribuinte sem prévia decisão judicial que a autorize. Portanto, por ser baseado em dados obtidos de forma inconstitucional, impõe-se o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração em face do recorrente.
- c) Os depósitos bancários isoladamente considerados não implicam necessariamente renda, tratando-se apenas de indícios. A presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96 inverte erroneamente o ônus da prova, restando caracterizada sua inconstitucionalidade.
- d) A fiscalização não demonstrou que o recorrente desenvolveu qualquer outra atividade no período apurado que não fosse a pecuária.
- e) Sobre a empresa SERV Festas Comércio de Bebida LTDA: Não há impedimento de que o recorrente tenha enviado R\$ 600.000,00 por TED e entregue outros R\$ 16.080,00 em espécie. Para fugir ao pagamento de CPMF, era comum utilizar dinheiro em espécie e cheques recebidos de terceiros. Não houve ilegalidade no pagamento de R\$ 16.080,00 e, se houvesse, caberia à fiscalização demonstrá-la.
- f) Sobre o crédito efetuado em sua conta bancária por Cristiano Leal do Norte, afirma tratar-se de um empréstimo que foi depositado por meio de cheque e quitado

com dinheiro em espécie disponível no caixa do recorrente dias depois, e não de um ano para o outro. A operação foi legítima e realizada dentro dos limites legais.

g) Sobre o crédito efetuado em sua conta bancária por Jucelino Cardoso Lopes, afirma que também se trata de empréstimo realizado dentro dos limites legais.

h) Sobre os demais valores depositados, reitera que a fiscalização presumiu indevidamente que se tratavam de receitas omitidas e, como o recorrente não teve acesso aos atos anteriormente, não foi possível determinar quem foi que efetuou cada um dos depósitos.

Ao final, formula pedidos nos seguintes termos (fls. 544 e 545):

Em face do exposto, requer a V.Exas. seja o presente RECURSO julgado TOTALMENTE PROCEDENTE visando:

- 1) A nulidade do Auto de Infração em razão da inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário sem a imprescindível autorização judicial;
- 2) Ultrapassado o pedido anterior, o que se admite pelo extremo apego ao debate, o reconhecimento do incontestável cerceamento de defesa, com a declaração de nulidade ou a determinação do retorno do Processo Administrativo à origem para que o Recorrente possa exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa;
- 3) Negados os pedidos anteriores, improvável, mas possível, seja reconhecida a impossibilidade de que a Fiscalização Federal crie (legisla) obrigações legais, considerando, assim, que todos os depósitos contidos na movimentação bancária do Recorrente se referem a empréstimos, bem como à compra e venda de gado e outros;
- 4) A extinção do crédito tributário decorrente da presente autuação;
- 5) Por fim, não obstante o preceituado no artigo 23 do Decreto nº. 70.235/72, requer que toda e qualquer intimação/notificação seja feita na pessoa do seu Procurador constituído, sob pena de nulidade.

A presente questão diz respeito ao Auto de Infração vinculado ao MPF nº 0610300/00086/10 (fls. 2-473) que constitui crédito tributário de Imposto de Renda de Pessoa Física, em face de Jose Bernardino Batista Murta (CPF nº 309.098.566-72), referente a fatos geradores ocorridos no período de 31/05/2007 a 31/12/2007. A autuação alcançou o montante de R\$ 1.521.656,01 (um milhão quinhentos e vinte e um mil seiscentos e cinquenta e seis reais e um centavo) (fl. 3. Nos campos de descrição dos fatos e enquadramento legal da notificação, consta o seguinte (fls. 5-7):

001 – ATIVIDADE RURAL. OMISSÃO DE RENDIMENTOS DE ATIVIDADE RURAL.

Omissão de rendimentos provenientes de atividade rural, conforme Relatório de Auditoria Fiscal anexo.

Fato Gerador	Valor Tributável ou Tributo	Multa (%)
31/05/2007	R\$ 21.326,91	75,00
31/07/2007	R\$ 47.705,25	75,00
31/10/2007	R\$ 359,21	75,00

Enquadramento legal: Arts. 1º e 2º da Lei nº 8.023/90; Arts. 9 e 17 da Lei nº 9.250/95; Art. 59 da Lei nº 9.430/96; Art. 57 do RIR; Art. 1º da Lei nº 11.482/07

002 – ATIVIDADE RURAL. GLOSA DE DESPESAS DA ATIVIDADE RURAL.

Glosa de despesas da atividade rural apurada conforme Relatório de Auditoria Fiscal anexo.

Fato Gerador	Valor Tributável ou Tributo	Multa (%)
31/05/2007	R\$ 129.492,43	75,00
31/10/2007	R\$ 15.384,11	75,00
31/12/2007	R\$ 18.000,00	75,00

Enquadramento legal: Arts. 1º a 22 da Lei nº 8.023/90; Arts. 9 a 18 da Lei nº 9.250/95; Art. 62 do RIR/99; Art. 1º da Lei nº 11.482/07.

003 – 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 documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Relatório de Auditoria Fiscal Anexo.

Fato Gerador	Valor Tributável ou Tributo	Multa (%)
31/02/2007	R\$ 407.160,00	75,00
31/03/2007	R\$ 299.619,36	75,00
31/05/2007	R\$ 449.951,21	75,00
31/06/2007	R\$ 399.982,35	75,00
31/07/2007	R\$ 454.482,57	75,00
31/07/2007	R\$ 470.000,00	75,00

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

O Relatório de Auditoria Fiscal (fls. 12-21), descreve em detalhes os procedimentos fiscais realizados e as infrações acima referenciadas.

Constam do processo, ainda, os seguintes documentos (fls. 22): i) DIRPF do contribuinte; ii) Termo de início de ação fiscal, intimações e respostas do contribuinte; iii) Livro caixa de atividade rural; iv) Nota fiscal emitida por Mafrial Matadouro e Frigorífico LTDA e outras empresas; v) Extrato de conta bancária do Banco Itaú; vi) Requisição de informações sobre movimentação financeira e respostas do Banco Itaú; vii) Notas promissórias rurais e cheques; viii) informações prestadas pela empresa Quatro Marcos LTDA e outras empresas; ix)

O contribuinte apresentou impugnação em 28/04/2011 (fls. 484-493) alegando que:

- a) O impugnante não conseguiu ter acesso ao processo administrativo até o momento, o que implica cerceamento de direito de defesa.
- b) A quebra de sigilo bancário realizada foi inconstitucional, posto que efetuada sem prévia autorização judicial.
- c) Os depósitos bancários isoladamente considerados não implicam necessariamente em renda. Cabe à fiscalização a demonstração da ocorrência do fato gerador do imposto em questão, o que não ocorreu.
- d) Há a revogação tácita do art. 42 da Lei nº 9.430/96 pelo § 4º do art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001, razão pela qual não cabe aplicar a presunção utilizada pela fiscalização no caso em tela. O art. 42 da Lei nº 9.430/96 é inconstitucional.
- e) Sobre a empresa SERV Festas Comércio de Bebida LTDA: O fato alegado pelo contribuinte foi confirmado pela empresa. A fiscalização não se desincumbiu de seu ônus probatório.
- f) Sobre o crédito efetuado em sua conta bancária por Cristiano Leal do Norte, afirma tratar-se de um empréstimo que foi depositado por meio de cheque e quitado com dinheiro em espécie disponível no caixa do recorrente dias de pois, e não de um ano para o outro. A operação foi legítima e realizada dentro dos limites legais.
- g) Sobre o crédito efetuado em sua conta bancária por Jucelino Cardoso Lopes, afirma que também se trata de empréstimo realizado dentro dos limites legais.
- h) Sobre os demais valores depositados, reitera que a fiscalização presumiu indevidamente que se tratavam de receitas omitidas sem desincumbir-se de seu ônus probatório.

Ao final, formulou pedidos nos seguintes termos:

Em face do exposto, requer a V. Exas. seja a presente impugnação julgada TOTALMENTE PROCEDENTE visando:

- 1) O reconhecimento do cerceamento de defesa em razão da não disponibilidade, ao Impugnante, do processo administrativo;
- 2) O reconhecimento da impossibilidade de quebra do sigilo bancário sem autorização judicial (STF – RE 389808), com a consequente nulidade do Auto de Infração;
- 3) Ultrapassados os pedidos anteriores, o que se admite pelo extremo apego ao debate, requer o impugnante o reconhecimento:
 - Quanto à inexistência de preceito legal obrigando o Impugnante, pessoa física, a controlar e documentar todas as suas movimentações financeiras;
 - Da revogação do art. 42 da Lei 9.430/1996 pelo § 4º do artigo 5º da Lei Complementar 105/2001;
 - Da inconstitucionalidade do art. 42 da Lei 9.430/1996 com base nos fundamentos contidos no item VI;
 - Da inexistência de comprovação, por parte da Fiscalização Federal, de que os valores dos depósitos se referem a “receitas”;

- De que os empréstimos poderiam e podem ser realizados com base na boa-fé e nos costumes da região, sem forma especial (contrato);

4) Requer, ainda, a exclusão do presente Auto de Infração, de todo e qualquer valor do crédito tributário decorrente dos supostos empréstimos de origens não comprovadas.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora/MG (DRJ), por meio do Acórdão nº 09-44.938, de 04 de julho de 2013 (fls. 502-528), negou provimento à impugnação, mantendo integralmente a exigência fiscal, conforme o entendimento resumido na seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2008

AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS FORMAIS E OBRIGATÓRIOS.

Estando presentes os requisitos formais e obrigatórios na lavratura do auto de infração afasta-se a nulidade invocada pelo sujeito passivo.

PRELIMINAR. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa só se manifestam com o processo administrativo, iniciado com a impugnação do auto de infração. Não existe cerceamento do direito de defesa durante o procedimento de fiscalização, procedimento inquisitório que não admite contraditório.

INSTRUÇÃO DA PEÇA IMPUGNATÓRIA. PROVA. MOMENTO DE APRESENTAÇÃO.

A impugnação deve ser instruída com os documentos em que se fundamentar e que comprovem as alegações de defesa, precluindo o direito do impugnante fazê-lo em outro momento processual.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2008

AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. CARÁTER VINCULADO.

Falece competência à autoridade julgadora de instância administrativa para a apreciação de aspectos relacionados com a constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias, tarefa privativa do Poder Judiciário.

JURISPRUDÊNCIA. EFEITOS.

As decisões administrativas e as judiciais, não proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade das normas legais, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Exercício: 2008

SIGILO BANCÁRIO. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

A legislação em vigor autoriza o Fisco a solicitar diretamente às instituições financeiras informações referentes à movimentação bancária de seus clientes mediante a emissão de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira, desde que haja procedimento de fiscalização em curso e esta seja precedida de intimação ao sujeito passivo, sendo desnecessária a autorização judicial prévia.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Caracterizam omissão de rendimentos, por presunção legal, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Tratando-se de uma presunção legal de omissão de rendimentos, a autoridade lançadora exime-se de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo o ônus da prova ao contribuinte. Somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

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 (Súmula CARF nº 26).

LEI COMPLEMENTAR 105. REVOGAÇÃO TÁCITA DO ARTIGO 42 DA LEI 9.430/96. INOCORRÊNCIA.

A Lei Complementar 105, de 2001, reforçou a norma contida no artigo 42 da Lei 9.430/96, ao contrário de tê-la revogado tacitamente.

GUARDA DE DOCUMENTOS.

O contribuinte é obrigado a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, toda a documentação que embasou o preenchimento de sua declaração de rendimentos.

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 05 de agosto de 2013 (fl. 532), e o protocolo do recurso voluntário ocorreu em 30 de agosto de 2013 (fl. 547). 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 parcialmente, deixando de conhecer as alegações de inconstitucionalidade em respeito à Súmula CARF 2..

1 Da inexistência de cerceamento de defesa

Incabível a declaração de existência de cerceamento de defesa eis que garantido ao sujeito passivo o exercício do contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

2 O princípio da verdade material e o ônus da prova

É comum a afirmação de que o processo administrativo é informado pelo *princípio da verdade material*. É importante, aqui, firmar que recebo com temperamentos a noção de verdade material, principalmente após os estudos de filósofos e de processualistas que afastam a velha distinção entre *verdade formal* e *verdade material*, também conhecidas como *verdade relativa* e *verdade absoluta*, respectivamente. Quanto aos filósofos, menciono, aqui, principalmente, Newton Carneiro Affonso da Costa, criador do conceito de *verdade aproximada* ou *quase-verdade*. (*O conhecimento científico*. 2. ed. São Paulo: Discurso Editorial, 1999, p. 25-60). Quanto aos processualistas, lembro, aqui, das palavras de Michele Taruffo, quando afirma que “*Na realidade, em todo contexto do conhecimento científico e empírico, incluído o dos processos judiciais, a verdade é relativa. No melhor dos casos, a ideia geral de verdade se pode conceber como uma espécie de ideal regulativo, isto é, como um ponto de referencia teórico que se deve seguir a fim de orientar a empresa do conhecimento na experiência real do mundo*”. (*La*

prueba. Marcia Pons: Barcelona, 2008, p. 26). No processo muito provavelmente não alcançaremos a verdade. E, se a alcançarmos, não saberemos que efetivamente a alcançamos. A verdade material, então, é ideal perseguido, nunca resultado garantido.

Ao comentar o princípio, James Marins afirma que “...no procedimento e no Processo Administrativo Tributário a autoridade administrativa pode e deve promover as diligências averiguatórias e probatórias que contribuam para a aproximação com a verdade objetiva ou material” (*Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial*. 12 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 180). Não há dúvidas de que o Fisco deverá, como leciona Cleucio Santos Nunes, “estreitar a reconstituição da verdade (fatos) ao ponto mais próximo de sua efetiva ocorrência”. Isso porque, parte-se da premissa de que o Fisco, ao exigir o cumprimento da obrigação tributária, “cercou-se de todos os elementos probatórios possíveis, os quais expressam a realidade dos fatos que se pode reconstituir” (*Curso completo de direito processual tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 347).

Esse princípio – *da verdade material* – está diretamente ligado à função desempenhada pelo processo administrativo. No Brasil, ele desempenha função subjetiva, e não objetiva. Quero com isso dizer que tem o processo administrativo a função de proteger os direitos subjetivos e os interesses dos particulares, e não apenas o de defesa da ordem jurídica e dos interesses públicos confiados à Administração Fiscal, nas precisas lições de Alberto Xavier (*Princípios do processo administrativo e judicial tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 155). São de Alberto Xavier, ainda, as lições que busco para concluir que no processo administrativo, o “...órgão de julgamento não está limitado, como o antigo ‘juiz-árbitro’, às provas voluntariamente exibidas pelos particulares, vigorando o princípio inquisitório que lhe atribui o poder de promover, por sua iniciativa, todas as diligências que considere necessárias ao apuramento da verdade no que concerne aos fatos que constituem o objeto do processo” (*Princípios do processo administrativo e judicial tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 158). Nesses processos, dominados pelo princípio inquisitivo, diz Saldanha Sanches, “vão ser atribuídos poderes mais amplos para a determinação dos factos que vão ser objecto de escrutínio judicial, e isto por efeito da natureza do litígio, que, por versar sobre uma questão de interesse público, escapará necessariamente aos poderes de disposição das partes, podendo, por isso mesmo, o juiz, proceder à modificação do programa processual, alargando-o a questões não suscitadas pelas partes” (*O ônus da prova no processo fiscal*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1987, p. 12-13). Tomo, por exemplo, o prescrito pelo art. 29 do Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972, que **ao tratar do julgamento de primeira instância**, prescreve o princípio do livre convencimento do julgador, ao estabelecer que “Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias”. No mesmo caminho, cito o art. 29 da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a Lei do Processo Administrativo Federal, o qual prescreve que “As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias”. Esses são exemplos de um sistema pautado pela busca da “verdade material”, que, na visão de Cleucio Santos Nunes, “...exige do Poder Público a produção de provas necessárias ao cumprimento da legalidade e proteção do interesse público indisponível” (*Curso completo de direito processual tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 108).

O Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972, prescreve, em seu art. 14, que a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento. A impugnação, nos termos

do art. 15 deve ser “...*formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar...*”. Ela deverá mencionar, de acordo com o que prescreve o art. 16: i) a autoridade julgadora a quem dirigida; ii) a qualificação do impugnante; iii) os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; as diligências, ou perícias que o impugnante pretende sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito; e v) se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. Percebe-se, portanto, que, quanto à causa de pedir, que se refere ao *por que se pede*, a lei optou pela *teoria da substanciação*, ou seja, é necessária a indicação do objeto do processo, sendo vedada a negativa geral (XAVIER, Alberto. *Princípios do processo administrativo e judicial tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 163). Fundamentos não alegados *precluem*.

Ao ler o disposto no art. 16 do Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972, poder-se-ia questionar se, de fato, aplica-se ao processo administrativo tributário o princípio dispositivo. Se não lhe seria reservado, ao oposto, o princípio dispositivo, e, com ele, a chamada “verdade formal”. Sobre isso, aponto a boa resposta de Cleucio Santos Nunes:

Por outro lado, conforme tem-se visto ao longo deste livro, o processo administrativo tributário decorre do procedimento de constituição da exigência fiscal. Inexiste com o encerramento da fase procedimental uma solução de continuidade do procedimento que o faça caducar juridicamente. Ao contrário, o procedimento é o que dá causa ao processo administrativo contencioso, exercendo sobre ele várias influências, inclusive principiológicas. Saliente-se, que o regime do processo administrativo tributário contencioso é orientado pelo princípio dispositivo, pois cabe ao sujeito passivo impugnante alegar toda matéria de defesa e requerer as provas com que pretende desconstituir a pretensão administrativa. Isso não significa, no entanto, que o processo administrativo não possa absorver o regime da verdade material se, no fundo, a exigência tributária constitui direito indisponível da Fazenda, tendo por escopo a revisão da legalidade. A ausência de provas no processo quando estas podem ser produzidas, poderá prejudicar tanto o contribuinte quanto à própria Fazenda, porque a verdade não foi descoberta. Assim, caso o impugnante não requeria as provas com que poderia ser dirimida a controvérsia, nada obsta, em homenagem à verdade material, que a autoridade julgadora determine as provas que possam formar melhor o seu convencimento para uma decisão analítica e correta.

[...]

Vale salientar que o sistema da verdade material no processo administrativo tributário não poderá neutralizar a lei quanto às restrições procedimentais relativas à preclusão. Não tendo sido requeridas as provas pelo impugnante, não poderá ser reaberta essa oportunidade pelo simples interesse do sujeito passivo, mas se a prova for necessária, a análise de sua necessidade ficará a critério do julgador. (*Curso completo de direito processual tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1349-351).

No que se refere ao **ônus da prova**, é importante distinguir alguns momentos, e isso porque a prova poderá ser produzida tanto por ocasião do procedimento administrativo quanto no processo administrativo, ou seja, nas fases de fiscalização e litigiosa, respectivamente.

No primeiro desses momentos, o **ônus da prova – ou melhor, o dever da prova – é da Administração**. Trata-se daquele o relativo ao fato que embasa o lançamento tributário. Observe, aqui, o disposto no art. 9º do Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972:

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova.

Não há dúvida, portanto, de que o ônus (dever) da prova relativo à comprovação do fato que embasa o lançamento é da Administração, e não do particular. É o que diz Sérgio André Rocha: “...a Administração não goza de ônus de provar a legalidade de seus atos, mas sim de verdadeiro dever de demonstrá-la” (*Processo administrativo fiscal: controle administrativo do lançamento tributário*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 226). Alberto Xavier, menciona que “...é hoje concepção dominante que não pode falar-se num ônus da prova do Fisco, nem em sentido material, nem em sentido formal. Com efeito, se é certo que este se sujeita às consequências desfavoráveis resultantes da falta da prova, não o é menos que a averiguação da verdade material não é objetivo de um simples ônus, mas de um dever jurídico. Trata-se, portanto, de um verdadeiro *encargo da prova*, ou *dever de investigação...*” (*Lançamento no direito tributário brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 156).

Observo que o art. 142 do Código Tributário Nacional é expresso ao mencionar a *verificação da ocorrência do fato gerador*:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Lembro aqui das palavras de Mary Elbe Queiroz, que, em obra específica sobre o tema conclui:

À autoridade lançadora compete o dever e o ônus de investigar, diligenciar, demonstrar e provar a ocorrência, ou não, do fato jurídico tributário e apurar o *quantum* devido pelo sujeito passivo, somente se admitindo que se transfira ou inverte ao contribuinte o *ônus probandi*, nas hipóteses em que a lei expressamente o determine [...].

De regra à autoridade lançadora incumbe o ônus da prova da ocorrência do fato jurídico tributário ou da infração que deseja imputar ao contribuinte. Os fatos tributários não são fatos notórios que prescindam de prova, prevalecendo, sempre, no processo administrativo-tributário a máxima *onus probandi incumbit ei quid dicit*. Portanto, é a Fazenda Pública que deverá produzir a prova da materialidade dos fatos que resultarão no lançamento tributário a ser efetuado contra o sujeito passivo. (*Do lançamento tributário: execução e controle*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 141-142)

Paulo de Barros Carvalho manifesta o mesmo entendimento:

É imprescindível que os agentes da Administração, incumbidos de sua constituição, ao relatar o fato jurídico tributário, demonstrem-no por meio de uma linguagem admitida pelo direito, levando adiante os procedimentos probatórios necessários para certificar o acontecimento por eles narrado. Tal requisito aparece como condição de legitimidade da norma individual e concreta que documenta a incidência, possibilitando a conferência

da adequação da situação relatada com os traços seletores da norma padrão daquele tributo (O procedimento administrativo tributário e o ato jurídico do lançamento. *Derivação e positivação no direito tributário*. v. II. São Paulo: Noeses, 2016, p. 233).

É justamente a comprovação da ocorrência do fato, que é motivo do ato administrativo e lançamento, que lhe confere validade. Lembro, aqui, que “[n]o ato-norma de lançamento tributário, o motivo do ato é o fato jurídico tributário, i. é, ‘a ocorrência da vida real’ que satisfaz ‘a todos os critérios identificadores tipificados na hipótese’ tributária” (Eurico Marcos Diniz de Santi. *Lançamento tributário* 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 165). Inexistente o motivo, o lançamento é nulo. Novamente, nas didáticas palavras de Paulo de Barros Carvalho:

A motivação é o antecedente da norma administrativa do lançamento. Funciona como. Descritor do motivo do ato, que é fato jurídico. Implica declarar, além do (i) motivo do ato (fato jurídico); o (ii) fundamento legal (motivo legal) que o torna fato jurídico, bem como, especialmente nos atos discricionários; (iii) as circunstâncias objetivas e subjetivas que permitam a subsunção do motivo do ato ao motivo legal. [...]

A Teoria dos Motivos Determinantes ou – no nosso entender, mais precisamente – a Teoria da Motivação Determinante, vem confirmar a tese de que a motivação é elemento essencial da norma administrativa. Se a motivação é adequada à realidade do fato e do direito, então a norma é válida. Porém, se faltar a motivação, ou esta for falsa, isto é, não corresponder à realidade do motivo do ato, ou dela não decorrer nexo de causalidade jurídica com a prescrição da norma (conteúdo), consequentemente, por ausência de antecedente normativo, a norma é invalidável. A motivação do ato administrativo de lançamento é a descrição da ocorrência do fato jurídico tributário normativamente provada segundo as regras de direito admitidas. Sem esta, o direito submerge em obscuro universo kafkaniano. O liame que possibilita a consecução do princípio da legalidade nos atos administrativos é exatamente a motivação do ato. A força impositiva da obrigação de pagar o crédito tributário decorre desses elementos, que se lastreia na prova da realização do fato e na subsunção à hipótese da norma jurídica tributária. (O procedimento administrativo tributário e o ato jurídico do lançamento. *Derivação e positivação no direito tributário*. v. II. São Paulo: Noeses, 2016, p. 237-238).

Além disso, da leitura do enunciado do art. 9º é possível concluir que precluirá temporalmente para a Administração o direito à apresentação probatória caso o auto de infração ou a notificação de lançamento não venham dela acompanhados. A prova, aqui, serve como motivação do ato administrativo. Sem ela, não há como aceitar que tais atos gozam de presunção de validade. Cito, aqui, passagem de recente obra intitulada *Eficiência probatória e a atual jurisprudência do CARF*:

A Administração tem o direito de fiscalizar o contribuinte de forma plena: pode solicitar documentos escritos, provas eletrônicas, verificar fisicamente o estoque, solicitar esclarecimentos para os administradores e funcionários, intimar terceiros que mantiveram relações comerciais com o fiscalizado e promover toda e qualquer outra diligência não vedada em lei e pertinente ao fato que se busca investigar. Por isso, nada justifica a juntada posterior de provas imprescindíveis à comprovação do fato típico. Ou a prova é conhecida até o momento da lavratura do auto de infração, ou não é. Sendo conhecida, deve ser obrigatoriamente juntada; não sendo, a informação nela teoricamente contida é irrelevante para a produção *daquele* ato administrativo. (Maria Rita Ferragut. Provas e o processo administrativo fiscal. *Eficiência probatória e a atual jurisprudência do CARF*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 39).

Não fosse assim, estaríamos diante do princípio da comodidade tributária, presente em sistemas de extrativismo fiscal. O mencionado princípio pode ser explicado nos seguintes termos:

Sob a lógica do “princípio da comodidade tributária”, o Fisco não precisa provar para acusar o contribuinte. É o contribuinte que, acusado sem provas (pela inversão do ônus da prova), tem que provar situação jurídica que é da esfera de competência do Fisco dispor. Nessa cômoda racionalidade, o contribuinte cumpre suas obrigações tributárias, muitas vezes incorrendo em custos de adequação para facilitar a atividade da fiscalização, os quais, na verdade, deveriam ser suportados pelo Estado [...]. Não obstante, ainda fica sujeito à ulterior autuação em decorrência da ineficiência da fiscalização do Poder Público, que, não raro, não empreende todos os esforços possíveis para realizar sua atividade e, quase sempre, limita-se a procurar ilícitos para punir, em vez de auxiliar o contribuinte no correto cumprimento da legislação. (Eurico Marcos Diniz de Santi. *Kafka: alienação e deformidades da legalidade, exercício do controle social rumo à cidadania fiscal*. São Paulo: RT e FiscoSoft, 2014, p. 354).

Entretanto, há exceções.

A exceção à regra geral se dá nos casos em que, durante o procedimento administrativo, o particular, mesmo intimado para prestar informações ou manifestar-se, deixe de fazê-lo, ou, ainda, naqueles casos em que a lei tenha estabelecido em favor da Administração, alguma presunção relativa, como ocorre no presente caso.

Quanto ao **ônus da prova do particular**, o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972, prescreve, em seu 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”. Além disso, é importante observar o contido no art. 36 da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a Lei do Processo Administrativo Federal, de acordo com o qual “Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei”. O mencionado art. 37 prescreve: “Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias”.

Quanto à **prova documental**, segundo o § 4º do art. 16 do Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972, ela deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual. A determinação, entretanto, não é absoluta. Observe-se que na parte final do mesmo § 4º consta a cláusula “a menos que”. Ou seja, diante de algumas das circunstâncias dispostas nas alíneas “a”, “b”, ou “c”, a prova documental poderá ser apresentada após a impugnação. São elas: a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivos de força maior; b) refira-se a fato ou a direito superveniente; e c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. A ocorrência dessas circunstâncias deve ser comprovada pelo recorrente. Eis, para tanto, a prescrição do § 5º do art. 16 do Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972: “A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior”. Entretanto, no caso de já ter sido proferida a decisão, dispõe o § 6º do art. 16 do Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972, que “...os documentos apresentados permanecerão nos autos

para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância”.

Por fim, não desconheço a prescrição do art. 3º, III, da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a Lei do Processo Administrativo Federal, de acordo com o qual “o administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: [...] formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”. Como também conheço aquela do art. 38, o qual prevê que “O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo”. A leitura isolada desses dois dispositivos poderia abrir margem para interpretações que admitissem a apresentação da prova documental em qualquer fase do processo, desconsiderando-se, assim, a eventual preclusão. Afasto, aqui, essa interpretação, lembrando que o art. 69 da mesma Lei estabelece que “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”.

Desse modo, sou da opinião que a apresentação extemporânea de documentos, ou seja, apresentados após o protocolo da impugnação (não a acompanhando), somente tem lugar naqueles casos previstos expressamente nas alíneas “a”, “b” e “c” § 4º do art. 16 do Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972.

É importante ressaltar que a recorrente não se desincumbiu de seu ônus probatório, mesmo tendo sido intimada diversas vezes para se manifestar nos autos

3 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.

§ 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.

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 nexos 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 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 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 nexos 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...*”.

Encaminhamo-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 confluyente 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 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: *"Una 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 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 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. Aqui, convém transcrever as palavras da DRJ, às fls. 521-524 do Acórdão 09-44.938:

Omissão de Rendimentos. Atividade Rural. Glosa de Despesas

O defendente alega ser “impossível uma análise com a profundidade exigida sobre tais matérias sem que tenha acesso ao processo administrativo”.

Sobre tal questão ressalto que, ainda que o impugnante não tenha tido acesso ao processo administrativo, o que não restou provado, o fato é que tanto a omissão de rendimentos da atividade rural como a glosa de despesas da atividade rural foram apuradas pela fiscalização a partir do livro Caixa com as respectivas notas fiscais de receitas e despesas apresentadas pelo próprio interessado.

Ainda, a simples leitura do Relatório Fiscal possibilita conhecer como foram apuradas as infrações lançadas. Friso que com base nos lançamentos do livro Caixa e nos documentos apresentados foi possível identificar, de plano, sem qualquer outro elemento adicional colhido pela fiscalização, diferenças entre as receitas tributadas na DIRPF e nas notas fiscais fornecidas pelo fiscalizado, conforme demonstrado pela autoridade lançadora, por meio de tabelas mensais, bastante esclarecedoras. O mesmo ocorre quanto à glosa de despesas da atividade rural, apuradas apenas pelo confronto entre as importâncias registradas na DIRPF e aquelas registradas no livro Caixa.

Com efeito, as infrações foram detalhadamente descritas pela autoridade lançadora no Relatório Fiscal, parte integrante do Auto de Infração lavrado, devidamente encaminhado ao interessado, o que possibilitaria o exercício do seu direito de defesa.

Ainda, consoante expresso nos artigos 15 e 16, inciso III e §§ 4º e 5º, do Decreto nº 70.235/72, com a redação conferida pelo artigo 1º da Lei nº 8.748/93 e pelo artigo 67 da Lei nº 9.532/97, cabe ao interessado instruir a impugnação com os documentos em que se apoiar, assim como mencionar os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e as provas documentais que possuir, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual.

Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada.

Ultrapassadas as questões acima deve ser feita a análise acerca do lançamento baseado em omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, à vista das alegações apresentadas na fase impugnatória.

Via de regra, para caracterizar a ocorrência do fato gerador, a autoridade deve estar munida de provas. Mas, nas situações em que a lei presume a ocorrência do fato gerador, as chamadas presunções legais, a produção de tais provas é dispensada.

[...]

No caso vertente, a autoridade autuante agiu com acerto, pois diante do indício de omissão de rendimentos, operou a inversão do ônus da prova, cabendo ao interessado, a partir de então, provar a inoccorrência do fato ou justificar sua existência.

Ao deixar de comprovar, o contribuinte dá ensejo à transformação do indício em presunção de omissão de rendimentos. A falta de justificativas por meio de documentação hábil e idônea, em relação à origem dos recursos que ensejaram a referida movimentação financeira, evidencia que esta corresponde a disponibilidade econômica ou jurídica de rendimentos sem origem justificada.

Desta forma, é perfeitamente cabível a tributação com base na presunção definida em lei. O depósito bancário é considerado uma omissão de receita ou rendimento quando sua origem (de onde provém) não for devidamente comprovada, conforme previsto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Por oportuno, noto que essa matéria é objeto de Súmulas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, publicadas, no DOU de 22/12/2009 (Seção 1, págs. 70 a 72), entre as quais:

Súmula CARF nº 26

[...]

Esclareço que o que se tributa, nos presentes autos, não são os depósitos bancários, como tais considerados, mas a omissão de rendimentos por eles representada. Os depósitos bancários são apenas a forma, o sinal de exteriorização, por meio do qual se manifesta a omissão de rendimentos objeto de tributação.

Depósitos bancários se apresentam, num primeiro momento, como simples indício da existência de omissão de rendimentos. Entretanto, esse indício se transforma na prova da omissão de rendimentos, quando o contribuinte, tendo a oportunidade de comprovar a origem dos recursos aplicados em tais depósitos, nega-se a fazê-lo ou não o faz satisfatoriamente, a teor do que dispõe o já citado artigo 42 da Lei 9430/1996.

É a própria lei definindo que os depósitos bancários de origem não comprovada caracterizam omissão de receita ou de rendimentos. Portanto, não se cogitando de meros indícios de omissão, falece motivo ao impugnante quando tenta descaracterizar a movimentação financeira como fenômeno a dar ensejo à apuração de omissão de rendimentos.

A presunção em favor do Fisco não se configura como mera suposição e transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário.

É função do Fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento, examinar a correspondente declaração de rendimentos do real beneficiário dos depósitos bancários e intimá-lo a apresentar os documentos, informações ou esclarecimentos com vistas à verificação da ocorrência de omissão de rendimentos de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430/1.996, exatamente como fez a autoridade autuante no procedimento fiscal que acarretou a lavratura do auto.

44.938: Convém, também, transcrever as palavras da DRJ, às fls. 524-528 do Acórdão 09-

Depósitos Bancários. Razões específicas de defesa

1) Serv Festas Comércio de Bebidas Ltda.

Não procede a alegação do defendente de que a fiscalização, sem nenhuma prova, concluiu que houve uma omissão de rendimentos no valor de R\$ 16.080,00, desincumbindo-se do seu ônus probatório.

Novamente lembro que diante do indício de omissão de rendimentos detectado por meio da operação financeira ora questionada, operou-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao interessado, a partir de então, provar a inoccorrência do fato ou justificar sua existência.

A autoridade fiscal, por sua vez, trouxe aos autos elementos demonstrando a ocorrência de uma operação entre o fiscalizado e a empresa Serv Festas Comércio de Bebidas Ltda. Nos extratos do fiscalizado consta o envio de um TED no valor de R\$ 600.000,00 (sem identificação do beneficiário), que conforme alegado pelas partes, tinha por fim a realização de uma parceria. Não tendo se concretizado tal operação, conforme também alegaram os envolvidos, houve um crédito na conta do fiscalizado, no valor de R\$ 616.080,00 que seria correspondente à devolução da operação.

Não tendo o contribuinte comprovado a origem do crédito efetuado, correspondente à diferença entre a parcela enviada e a devolvida, de R\$ 16.080,00, a autoridade fiscal, à luz do disposto no art. 42 da Lei nº 9.430/96, considerou tal valor como rendimento omitido pelo interessado, o que deve ser mantido, porquanto também nesta fase impugnatória o defendente se atém a meras argumentações, sem comprovação de que tal valor estaria fora do campo de tributação do imposto de renda das pessoas físicas.

2. Cristiano Leal do Norte

O interessado reitera as argumentações apresentadas durante a fase de fiscalização, de que o depósito em cheque efetuado em sua conta bancária, no dia 03/07/2007, refere-se a uma operação de empréstimo a curto prazo realizada com o Sr. Cristiano Leal do Norte.

Afirma que a operação foi efetuada com utilização de parte do numerário mantido em seu poder, que não existe obrigatoriedade legal de documento escrito referente ao empréstimo, como contrato registrado no registro público, que o empréstimo foi feito na confiança e nos costumes da região, tendo sido obtido e pago dentro de poucos dias, que o Sr. Cristiano Leal do Norte não foi localizado pela fiscalização, tendo a autoridade fiscal se desincumbido do seu ônus probatório.

Noto que a defesa não vem acompanhada de qualquer documentação. De fato, causa estranheza que o contribuinte não possua comprovante de uma transação de valor tão elevado, que tal operação não tenha sido registrada em sua Declaração de Ajuste Anual, que o contribuinte não tenha fornecido a data da suposta quitação ou outros detalhes sobre a transação, e, ainda, o que considero de grande relevância, o fato de não restar comprovado a transferência do numerário da conta do interessado para a conta do Sr. Cristiano Leal do Norte.

É pouco crível que em operações de mútuo, envolvendo valores expressivos, as partes não tenham o zelo de guardar cópias de extratos, de cheques, de depósitos bancários ou citar o número do cheque e da conta bancária, para eventual solicitação ao banco. Mais estranha ainda é a possibilidade de transferência desses valores em espécie.

Seria relevante a existência de um contrato registrado no registro público em data compatível com o alegado, conforme ressaltado pela autoridade fiscal, pois para ter efeito contra terceiros o documento terá de ser feito na forma pública, pois o registro lhe confere publicidade e perpetuidade, que são aspectos do interesse social.

Todavia, ressalto que não foi apenas pela inexistência do contrato registrado no registro público que a operação foi desconsiderada. Uma prova para suprir a falta do registro público da operação, seria a da efetiva transferência do numerário emprestado, o que não foi apresentado, nem durante a fase de fiscalização, nem nesta fase impugnatória.

Noto, a propósito, que é equivocada o raciocínio de que a informalidade dos negócios entre as partes pode eximir o contribuinte de apresentar prova da efetividade das transações. Tal informalidade diz respeito, apenas, a garantias mútuas que deixam de ser exigidas em razão da confiança entre as partes um empréstimo sem nota promissória, por exemplo, mas não se pode querer aplicar a mesma informalidade ou vínculo de confiança na relação do contribuinte com a Fazenda Pública. A relação entre fisco e contribuinte é de outra natureza: é formal e vinculada à lei, sendo a lei firme ao exigir, no caso dos depósitos bancários, que a comprovação seja feita por meio de “documentação hábil e idônea”.

Ressalto que é dever do contribuinte comprovar a origem dos recursos, quando for exigido pela Fiscalização, conforme dispõe o art. 835 do Decreto nº 3.000, de 1999, a seguir transcrito:

[...]

Ainda, lembro que os comprovantes podem e devem ser preservados pelas pessoas físicas, independentemente de escrituração formal, especialmente quando os créditos nas suas contas bancárias ultrapassam os limites definidos no parágrafo 3º, inciso II, do artigo 42 da Lei 9.430/1996. Decorre necessariamente da própria lei, ao impor a comprovação individualizada da origem dos depósitos, que estas provas sejam preservadas e produzidas quando requeridas, sendo ineficazes as alegações de não possuí-las, seja por desconhecimento da lei ou por qualquer outra razão que não de força maior. Sem tais provas, são inevitáveis as consequências da Lei, ou seja, que os depósitos sejam equiparados a rendimentos tributáveis omitidos.

O contribuinte, necessariamente ciente das consequências da falta desta comprovação, não pode recorrer à alegação da prática de negócios informais para eximir-se das implicações legais dos seus atos.

O fato de o Sr. Cristiano Leal do Norte não ter sido localizado pela fiscalização não foi utilizado “em detrimento dos direitos do impugnante”, conforme alegado. De fato resta claro que essa não foi a causa da não aceitação que o crédito na conta do interessado tinha origem na operação de empréstimo.

Nesse sentido, reitero que na relação jurídico-tributária o ônus da prova incumbe a quem alega o direito. Assim, à autoridade fiscal compete investigar, diligenciar, demonstrar e provar a ocorrência ou não do fato tributário, observando os princípios do devido processo legal, da verdade material, do contraditório e da ampla defesa. Ao sujeito passivo, por sua vez, cabe apresentar prova em contrário, por meio dos elementos que demonstrem a efetividade do direito alegado, bem como hábeis para afastar a imputação da irregularidade apontada.

A comprovação deve se dar com a apresentação de documentos hábeis e idôneos que demonstrem, de maneira inequívoca, a transferência dos recursos e, principalmente, a que título se deu, ou seja, qual a natureza da operação. No presente caso, sequer foi apresentada a prova da transferência de recursos da conta do fiscalizado para a do Sr. Cristiano Leal do Norte.

Há que se aclarar que a comprovação dos depósitos bancários, quando exigida pela autoridade fiscal, deve ser feita de forma individualizada. É essa a determinação contida no art. 42, § 3º, da já citada Lei nº 9.430, de 1996 com a redação dada pelo art. 4º da Lei nº 9.481, de 1997:

[...]

A comprovação individualizada (entenda-se como tal, coincidência entre datas e valores, além da natureza do crédito) o contribuinte não fez, nem durante a ação fiscal, nem na fase impugnatória, devendo ser mantido como não comprovado o crédito ora questionado.

3. Jorcelino Cardoso Lopes

Também não ficou provada, nesta fase impugnatória, que o crédito efetuado na conta do interessado, na data de 01/02/2007, se tratava de pagamento de empréstimo do Sr. Jorcelino Cardoso Lopes.

Noto que na fase de fiscalização, assim como nesta impugnatória, não foi apresentado nenhum documento hábil e idôneo para comprovar a alegada operação. Friso, ainda, que a despeito de o Sr. Jorcelino ter informado que se tratava do pagamento de mútuo obtido anteriormente com o fiscalizado, não apresentou nenhum comprovante da operação.

Ressalto que todos os aspectos acima abordados quando da análise da operação efetuada com o Sr. Cristiano Leal do Norte aplicam-se, de igual modo, à questão ora apreciada.

Friso que a comprovação da operação deve se dar com a apresentação de documentos hábeis e idôneos que demonstrem, de maneira inequívoca, a transferência dos recursos e, principalmente, a que título se deu, ou seja, qual a natureza da operação. No presente caso, sequer foi apresentada a prova da transferência de recursos da conta do fiscalizado para a do Sr. Jorcelino Cardoso Lopes.

Nessa perspectiva, também não há motivos para que a autuação seja afastada, como requer o interessado.

4. Outros Depósitos

Com relação aos outros depósitos não comprovados, no valor de R\$ 1.604.035,49, o contribuinte alegou, durante a fase de fiscalização, que não conseguiu juntar os comprovantes das operações, “pois em não sendo referentes às suas atividades comerciais, solicitou ao banco que lhe fornecesse um extrato, mas tal pedido não pôde ser atendido, devido ao tempo decorrido entre a operação e o pedido”.

Também nesta fase impugnatória o contribuinte não traz prova da origem dos créditos questionados, limitando-se a indagações sobre a existência de preceito legal determinando o controle e guarda das movimentações financeiras pelas pessoas físicas.

Reitero todas as afirmações feitas sobre a questão, e friso que a necessidade de preservação das provas da origem dos depósitos é decorrência da própria norma aplicada, ou seja, do artigo 42 da Lei 9.430/1996, que estabelece a presunção legal de rendimentos omitidos se não comprovada a origem da movimentação bancária.

Ainda, o fato da movimentação financeira do contribuinte ser superior aos rendimentos declarados não deve ser desprezado, conforme quer fazer crer o defendente, mas pode ser utilizada como um indício de omissão de rendimentos. Daí a importância da origem dos créditos questionados, dos fatos que lhe deram causa, a fim de que seja possível investigar sua natureza, se de rendimentos tributáveis ou não. Revelada a origem dos recursos creditados em contas bancárias, torna-se possível, então, identificar sua submissão, ou não, à tributação do imposto de renda da pessoa física.

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 do exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso, não conhecendo das alegações de inconstitucionalidade, e na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Maurício Dalri Timm do Valle