

PRESUNÇÕES NO DIREITO TRIBUTÁRIO: UMA BREVE ANÁLISE DA SÚMULA 61 DO CARF

Kristian Rodrigo Pscheidt¹

RESUMO

O Direito Tributário consiste na interferência legítima do Estado no patrimônio do contribuinte. Para evitar arbitrariedades e abusos na exação, o contribuinte é protegido por uma ampla gama de princípios, com especial relevância ao princípio da legalidade e isonomia. Formata-se a noção de estrita legalidade tributária, exigindo a verificação concreta e material da hipótese de incidência como regra geral. As presunções surgem nos corolários da praticabilidade tributária, visando facilitar o trabalho do Fisco. Porém, encerra um dilema: em que medida a presunção (que por conceito é a verificação meramente estimada do tributo) pode ser utilizada pelo Estado na interferência ao patrimônio particular. Sendo assim, ampliar de modo desmedido o instituto da presunção pode prejudicar de forma direta a proteção da estrita legalidade, permitindo a expansão inconstitucional da cobrança e instituição de tributos. Nasce aí a relevância social do tema, ou seja, o estudo reforçará os limites da exação em face de presunções no direito tributário, que tendo como elemento concreto a Súmula 61 do CARF, que institucionaliza um exemplo de como a presunção pode ser aplicada pelos agentes de fiscalização.

Palavras-chave: Direito Tributário. Presunções. Súmula 61 do CARF. Princípio da praticabilidade.

1 INTRODUÇÃO

¹ Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná e da Faculdade CNEC Campo Largo, Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2014), possui L.L.M em Direito de Negócios pela FMU (2014), é especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário Curitiba (2010), possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008), graduação em Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2004) e graduação técnica em Gestão Financeira pela Universidade Luterana do Brasil (2016), e pós-graduando em Gestão e Legislação Tributária pelo Centro Universitário UNINTER (2017).

A Súmula 61 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, objeto central de análise da presente pesquisa, possui a seguinte redação: “os depósitos bancários iguais ou inferiores a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), cujo somatório não ultrapasse R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) no ano-calendário, não pode ser considerado na presunção da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, no caso de pessoa física”.

A Súmula 61 do CARF relaciona-se ao artigo 42 da Lei nº 9.430/96 e encerra uma presunção de omissão de rendimentos que se aplica quando o contribuinte, devidamente intimado, não comprova mediante documentação hábil e idônea a origem dos valores creditados em conta de depósito ou de investimento de que seja titular.

Esse dispositivo legal atribui ao sujeito passivo o ônus de provar a origem dos depósitos bancários constatados pela autoridade fiscal, sob pena de se presumir que referidos valores configuram omissão de rendimentos.

Trata-se da presumida omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada, que, cumpre repisar, tem fundamento no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

A questão posta em discussão, no entanto, encerra a verificação que o fato gerador apontado pela fiscalização — depósitos e extratos bancários — não encontra respaldo no Código Tributário Nacional, pois em consonância com o artigo 142 do CTN, não basta a indicação do saldo bancário, mas sim a fiscalização deve demonstrar e precisar o acréscimo patrimonial do contribuinte. Trata-se do critério/aspecto material do tributo.

O imposto de renda, a rigor do artigo 43 do Código Tributário Nacional, possui como hipótese de incidência a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos, mas também pode ter o montante da base de cálculo apurada pelo seu o montante, real, arbitrado ou presumido (artigo 44).

“A presunção é um meio especial de prova, consistente em um raciocínio que, do exame de um fato conhecido, conclui pela existência de um

fato ignorado”². “Presta-se a induzir convicção quando à existência de fato (por definição, desconhecido), dado o reconhecimento de ocorrência de outro, do qual geralmente depende”³.

Porém, nos rigores da estrita legalidade reforçada pelo contido no artigo 146, III, “a” da Constituição, e considerando-se a matriz constitucional do imposto de renda (artigo 153, II, CF), seria constitucional presumir a base de cálculo do tributo meramente pelos saldos bancários?

Este é o problema fundamental que o presente artigo busca responder, o que será efetivado por meio do método dedutivo, que consiste na metodologia que parte de uma hipótese universal, formulada independentemente de dados empíricos, a partir da qual são buscados experimentos particulares para confirmá-la ou refutá-la. De conseguinte, a pesquisa será realizada tendo como suporte a pesquisa bibliográfica, a partir do material documental, bibliográfico (livros, artigos, jornais, revistas, periódicos em geral etc.), e jurisprudencial disponíveis.

2 O PRINCÍPIO DA PRATICABILIDADE E AS PRESUNÇÕES

O modelo tributário adotado atualmente tem início nos estudos de Rubens Gomes de Souza⁴, que no ano de 1954 é requisitado a estudar um anteprojeto de Código Tributário Nacional (CTN). O estudo converteu-se, afinal, na Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. “Um dos principais méritos do CTN foi a organização do direito positivo, criando, com fundamento constitucional, normas gerais de direito tributário aplicáveis a todos os entes dotados de competência tributária”⁵, bem como garantir a segurança

Anos após, a Constituição de 1988 “receptionou os valores atinentes à rigidez, à limitação, à exaustividade e à clareza, os quais remanescem

² ATALIBA, Geraldo. Lançamento – procedimento regrado. Estudos e parecer de direito tributário. São Paulo: RT, 1978, v. 2, p. 339.

³ BARRETO, Aires Fernandino. *Base de cálculo, alíquota e princípios constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

⁴ “Foi o autor do Anteprojeto do Código Tributário Nacional e da Comissão que redigiu o Projeto Final, aprovado em 1966 pelo Congresso Nacional e promulgado com o Título de Código Tributário Nacional até hoje vigente [...] Mas o que me interessa é o Rubens, cuja inteligência e cultura era maior e melhor do que o somatório das de todos os Senadores e Deputados do Congresso Nacional” (BECKER, 1999, p. 52)

⁵ FOLLONI, André. *Ciência do Direito Tributário no Brasil: Crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49.

inalterados até os dias atuais”⁶. Trata-se de um sistema “exemplaríssimo, pois cuida da tributação de modo exaustivo”⁷. O sistema tributário nacional é eminentemente constitucional e está estruturado de acordo com a “base econômica da incidência, independentemente de considerações sobre a pessoa jurídica titular da competência impositiva”⁸, apresentando como principais características a racionalidade econômica e a facilidade de fiscalização e arrecadação.

De igual forma, não deixa de saltar aos olhos a complexidade do sistema, pautado por inúmeras hipóteses de incidência e situações que formalizam a exação. Obrigações principais e acessórias amoldaram-se de tamanho volume que fez o Direito Tributário, na rigidez da legalidade, abrir suas portas para a noção de praticabilidade. O emperramento das máquinas administrativa e judicial do Estado “são desafios de difícil solução, cada vez mais acentuados em função de técnicas sofisticadas de tributação, tornando prementes as exigências de praticabilidade”⁹. Representa um instrumento ao atingimento dos fins de interesse público, e mostra-se um desdobramento do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, “[inspirando] o legislador e [vinculando] a autoridade administrativa em toda sua atuação”¹⁰.

Assim fundamentam-se as presunções, como um instrumento à praticabilidade visando a simplificação da execução da norma jurídica hierarquicamente superior. Reduzir a complexidade substancial inerente à matéria tributária, “contribuem para atribuir maior segurança jurídica aos destinatários das normas deste campo do Direito, propiciam maior eficácia na arrecadação de tributos, auxiliam no combate à sonegação fiscal”¹¹.

Presunção é “o resultado do processo lógico mediante o qual do fato conhecido cuja existência é certa infere-se o fato desconhecido cuja existência

⁶ JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Finanças públicas e tributação ao lume dos direitos e garantias*. São Paulo: Noeses, 2015, p. 25.

⁷ JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2013, p. 05.

⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 357. Vide também: VALLE, Maurício Dalri Timm do. *Considerações sobre as características da competência tributária no Brasil*. In *Constituição, Economia e Desenvolvimento*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2012a, vol. 4, n. 6, Jan.-Jun. p. 08.

⁹ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 290-291.

¹⁰ COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária: exequibilidade de lei tributária e direitos do contribuinte*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 93.

¹¹ HORVATH, Estevão. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 111.

é possível”¹². São exemplos de presunções a legalidade do Lucro presumido e o Regime de fato gerador presumido e a substituição tributária progressiva. Tais elementos, por se tratarem de opções do contribuinte, não violam a noção rígida da legalidade¹³.

Por outro lado, essas abstrações devem ter o máximo de cuidado na eleição do fato gerador, respeitando-se a concretude dos demais elementos, ainda que supervenientes. Por exemplo, na substituição progressiva, o legislador não pode indicar uma pessoa responsável pelo recolhimento de um determinado valor (referido como tributo), relativamente a fato futuro e incerto, com alocação de valor também incerto. A presunção “não tem força suficiente para afastar por completo a aplicação de princípios de maior quilate, como são os da segurança jurídica, da verdade material e da capacidade contributiva”¹⁴, por isso que somente pode ser utilizada em caráter subsidiário, ou seja, quando não seja possível a prova direta do fato sem demasiado custo ao Poder Público.

2 A SÚMULA 61 DO CARF E OS TRIBUNAIS

Um exemplo direto de aplicação da praticabilidade por presunção no Direito Tributário está no regramento que deu origem à Súmula 61 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que possui a seguinte redação: “os depósitos bancários iguais ou inferiores a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), cujo somatório não ultrapasse R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) no ano-calendário, não pode ser considerado na presunção da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, no caso de pessoa física”.

A Súmula 61 do CARF relaciona-se ao artigo 42 da Lei nº 9.430/96 e encerra uma presunção de omissão de rendimentos que se aplica quando o contribuinte, devidamente intimado, não comprova mediante documentação hábil e idônea a origem dos valores creditados em conta de depósito ou de investimento de que seja titular.

¹² BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 462.

¹³ COSTA, Regina Helena. Ob. Cit, p. 259.

¹⁴ COSTA, Regina Helena. Ob. Cit, p. 283.

A Receita Federal do Brasil, no uso de suas atribuições legais, possui uma série de prerrogativas de fiscalização para aferição da regularidade das declarações dos contribuintes. Com autorização do artigo 194 do Código Tributário Nacional, a Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passou a regular, entre outras medidas, sobre os “procedimentos de fiscalização”, dando destaque especial à requisição de documentos contábeis.

É dever do sujeito passivo manter a escrituração disponível para aferição, de forma completa e atualizada, suficiente para possibilitar a auditoria, facultada a manutenção em meio magnético, sem prejuízo da sua emissão gráfica, quando solicitada. De tal maneira, “a falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, assim como a manutenção, no passivo, de obrigações cuja exigibilidade não seja comprovada, caracterizam, também, omissão de receita” (art. 40 da Lei n. 9.430/1996).

Neste sentido, a redação do artigo 42 da Lei 9.430/1996 traz dispositivo que exige, de igual forma, a comprovação da origem dos valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira. A falta de comprovação de tais valores, mediante documentação hábil e idônea, quando regularmente intimado, caracteriza omissão de receita.

No entanto, para pessoas físicas, essa presunção de receita é flexibilizada, de acordo com a redação do artigo 42, §3º, II, da Lei 9.430/1996, no sentido de que não será considerada omissão quando o valor individual for 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).

É a constitucionalidade deste dispositivo legal que ensejou a redação da Súmula 61 do CARF, a qual foi aprovada pela Segunda Turma do Conselho Superior de Recursos Fiscais em sessão de 29/11/2010.

Se constatada a omissão, importante destacar, 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.

A instituição de tributos é matéria avessa à propriedade privada do cidadão, de modo que a Constituição de 1988 desferiu rígida regulamentação para o ente federado interferir no patrimônio do contribuinte. Exerceu com rigor severos limites à competência tributária. Entre eles destaca-se a legalidade,

cujos contornos tributários o classificaram como “estrita legalidade”. “Não é por outro motivo que se tem sustentado que em nosso ordenamento jurídico vige, mais do que o princípio da legalidade tributária, o princípio da estrita legalidade”¹⁵.

Por isso, em um primeiro momento, descreveu o núcleo mínimo de incidência de cada espécie tributária. De tal maneira, “renda” (art. 153, II, CF) não se confundiria com saldo bancário positivo. O fato imponible apto a justificar a incidência do imposto é unicamente o acréscimo patrimonial.

De conseguinte, a Constituição estabeleceu no artigo 146, III, “a” que somente lei complementar é apta a definir “tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes”. A Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e nenhuma hipótese, se constitui em Lei Complementar.

Esses argumentos foram colocados em evidência perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais em consecutivos processos administrativos. No entanto, o tribunal administrativo evidenciou e sacramentou a posição de licitude e constitucionalidade da presunção de renda estipulada no artigo 42 Lei n. 9.430/1996, sendo que somente seria afastada a exação no caso no §3º, II, isto é, não será considerada omissão apenas quando o valor individual for 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).

Os acórdãos paradigmas que fundamentaram a Súmula 61 do CARF são os de nº 2102-00.252, de 30/07/2009 Acórdão nº 106-17.245, de 04/02/2009 Acórdão nº 102-49.451, de 17/12/2008 Acórdão nº 102-49.379, de 05/11/2008 Acórdão nº 106-17.115, de 09/10/2008 Acórdão nº 102-49.251, de 10/09/2008 Acórdão nº 104-23.367, de 06/08/2008 Acórdão nº 106-16.797, de 06/03/2008 Acórdão nº 106-16.893, de 28/05/2008 Acórdão nº 104-23.093, de 06/03/2008 Acórdão nº 104-22.425, de 23/05/2007 Acórdão nº 104-22.877, de 05/12/2007 Acórdão nº 104-20.983, de 12/09/2006 Acórdão nº 102-47.344, de 26/01/2006

¹⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. *Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 97.

A autorização para a presunção está disposta o artigo 44 do Código Tributário Nacional, segundo o qual "a base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis". Tratar-se-ia, portanto, de Lei Complementar.

De mais a mais, consolidou-se que o artigo 42 da Lei nº 9.430/96 é norma vigente, sendo que o lançamento baseado na presunção do artigo 42 da Lei nº 9.430/96 não ofende a legislação do imposto de renda, pois ela própria alberga a previsão utilizada pela autoridade lançadora de tributar os depósitos bancários sem origem comprovada como rendimentos presumidamente omitidos.

E a exigência da vinculação de datas e valores entre a documentação apresentada pelo contribuinte e as informações expressas em extratos bancários, para comprovar o acréscimo patrimonial, é requisito não previsto no artigo 42 da Lei nº 9.430/96. A Súmula nº 61 do CARF, portanto, consolidou o entendimento já antes manifestado no Tribunal Administrativo, cuja decisão serviu para dissuadir o seguimento dos inúmeros recursos interpostos pelos contribuintes, que tratavam da mesma matéria.

De fato, a jurisprudência das Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça há muito detinha o entendimento pacificado no sentido de que, não identificados os valores creditados na conta bancária do contribuinte, há presunção legal no sentido de que estes valores lhe pertencem, sujeitos, portanto, à incidência do Imposto de Renda na forma do art. 42 da Lei n. 9.430/1996, mediante a caracterização de omissão de receitas.

Cita-se como precedentes o AgRg no REsp 1370302 / SC, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 05.09.2013; REsp 792812 / RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13.03.2007; REsp 1237852 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011; AgRg no REsp 1072960 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 02.12.2008. E hoje, de forma mais recente, a posição segue o mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÕES GENÉRICAS DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. SÚMULA 284/STF. IMPOSTO DE RENDA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ART. 42 DA LEI 9.430/1996. LEGALIDADE.

DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. INCIDÊNCIA DO ART. 173, I, DO CTN.

1. Não se conhece da alegada ofensa ao art. 535 do CPC quando a parte se limita a apresentar alegações genéricas, sem demonstrar a razão pela qual a apreciação de determinados dispositivos legais seria obrigatória no âmbito do Tribunal a quo e sem explicitar a relevância deles para o deslinde da controvérsia. Aplicação analógica da Súmula 284/STF.

2. Não comprovado o pagamento antecipado do tributo, incide a regra do art. 173, I, do CTN, em detrimento do disposto no art. 150, § 4º, consoante orientação assentada em julgamento submetido ao rito do art. 543-C do CPC (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009).

3. A análise do inteiro teor do acórdão recorrido revela que a causa não foi decidida, sequer implicitamente, à luz dos arts. 332 do CPC e 6º da LINDB. A falta de prequestionamento impede o conhecimento do recurso quanto a esse ponto (Súmula 211/STJ).

4. A jurisprudência do STJ reconhece a legalidade do lançamento do imposto de renda com base no art. 42 da Lei 9.430/1996, tendo assentado que cabe ao contribuinte o ônus de comprovar a origem dos recursos a fim de ilidir a presunção de que se trata de renda omitida (AgRg no REsp 1.467.230/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.10.2014; AgRg no AREsp 81.279/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 21.3.2012).

5. Agravo Regimental não provido¹⁶.

A Súmula 61 do CARF, portanto, reforça e segue a posição do Superior Tribunal de Justiça, que consolida o entendimento acerca da validade da presunção indicada pelo art. 42 da Lei 9.430/1996.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRESUNÇÃO

Em que pese os entendimentos jurisprudenciais acerca da legalidade da presunção estatuída no artigo 42 da Lei 9.430/1996, a situação não resta definida. Isso porque o cerne da questão não foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a tese da existência de conflito entre o artigo 42 da Lei nº 9.430/96, e o art. 43, do CTN (conflito entre lei ordinária e lei complementar), quanto ao conceito de renda, à luz da competência estabelecida no artigo 146, III, "a" da Carta Magna de 1988, uma vez que é de ordem eminentemente constitucional.

A questão de mérito, por sua vez, foi remetida à análise pelo Supremo Tribunal Federal, cuja discussão ganhou *status* de repercussão geral em data de 22 de setembro de 2015, com a seguinte ementa:

¹⁶ AgRg no AREsp 664.675/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 21/05/2015

IMPOSTO DE RENDA – DEPÓSITOS BANCÁRIOS – ORIGEM DOS RECURSOS NÃO COMPROVADA – OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA – INCIDÊNCIA – ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430, DE 1996 – ARTIGOS 145, § 1º, 146, INCISO III, ALÍNEA “A”, E 153, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da constitucionalidade do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, a autorizar a constituição de créditos tributários do Imposto de Renda tendo por base, exclusivamente, valores de depósitos bancários cuja origem não seja comprovada pelo contribuinte no âmbito de procedimento fiscalizatório¹⁷.

O feito ainda não foi julgado, sendo que a constitucionalidade da presunção indicada no artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 é matéria de sensível impacto econômico. A discussão envereda-se, em verdade, na disputa entre a praticabilidade do instituto do arbitramento (presunção) da renda, visando uma tributação mais efetiva, em face dos limites da estrita legalidade e rígida definição dos contornos constitucionais mínimos do aspecto material do tributo.

E a influência econômica, neste viés, pode ser decisiva. No entanto, nos rigores dos demais princípios tributários, em específico a legalidade, não pode uma presunção subtrair ou ampliar o alcance das disposições do texto positivo. A presunção deve prevalecer e ser aplicada somente quando não houverem outros elementos suficientes para atuação do Fisco. Não se admite desconsiderar a concretude material dos fatos visando a majoração do tributo. É subsidiária e opcional ao contribuinte (ainda que por omissão). O aplicador da lei tributária não está autorizado a “transfigurar o instituto de direito privado, nem se lhe permite ignorar o instituto, e substituí-lo por outro, a pretexto de que este produza maiores (ou menores, o problema é o mesmo) efeitos fiscais”¹⁸.

O conceito Imposto de Renda, *in casu*, não pode ser desfigurado. Deve significar ganho, acréscimo patrimonial, ingresso a título oneroso, não se perfectibilizando o fato gerador do imposto senão nesse caso. O depósito em conta bancária não se compatibiliza com a noção de renda, afeto às ciências econômicas.

“A renda (o acréscimo patrimonial) há de estar realizada posto que em relação ao fato imponible do imposto sobre a renda não pode o legislador

¹⁷ RE 855649 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 21-09-2015 PUBLIC 22-09-2015

¹⁸ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 225.

federal mandar tributar a renda potencial, isto é, ainda não realizada”¹⁹. Tratar-se-ia, em última hipótese, em simples receita bruta, insuficiente para caracterizar a noção de renda.

Mister se faz distinguir simples ingressos de valores do que deve ser considerado como renda ou provento tributável. A aquisição de renda, como riqueza nova ou acréscimo patrimonial, exige, necessariamente consideração e o computo de todos os valores que entram e saem do patrimônio.²⁰

Por isso que, quando o legislador estabeleceu que o contribuinte deveria comprovar a origem dos depósitos bancários em suas contas-correntes bancárias, não pretendeu, certamente, restringir essa comprovação à rigidez de cada um dos depósitos, individualmente, como o faz a fiscalização da Receita Federal. A comprovação deve obedecer a totalidade dos rendimentos de determinado período, para somente então poder verificar se de fato houve um acréscimo patrimonial. E essa verificação prescinde a comprovação de depósito após depósito.

O aspecto temporal do imposto sobre a renda não se perfaz a cada instante, mas somente sobre determinado período. A lei tributária só pode alcançar a renda (sob a forma de acréscimo patrimonial) que estiver disponível e essa disponibilidade deve ser qualificada, em cada caso, como sendo jurídica ou econômica²¹.

De tal maneira, é possível concluir que a presunção do artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, confirmada pela Súmula 61 do CARF, reproduz um entendimento que viola os conceitos rígidos da legalidade tributária na definição do termo “renda ou acréscimo patrimonial”, não podendo prevalecer sobre outros elementos apresentados pelo contribuinte. Histórica é a noção que o princípio da legalidade em matéria fiscal tem como decorrência, por um lado, que “só pode ser atribuída uma carga tributária a uma pessoa física ou

¹⁹ CARRAZA, Roque Antônio. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

²⁰ QUEIROZ, Mary Elbe. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza: princípios, conceitos, regra-matriz de incidência, mínimo existencial, retenção na fonte, renda transnacional, lançamento, apreciações críticas*. Barueri: Manole, 2004, p. 121.

²¹ FILHO, ANDRADE, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das Empresas*. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

jurídica mediante o comando de uma lei, e, por outro lado, que o Estado não tem nenhum direito além daquele que a lei expressamente lhe concede”²².

Presumir renda onde não há, de certo, também a afronta à capacidade contributiva, princípio que revela que somente é possível a exação sobre um real signo de riqueza. A capacidade contributiva “se reveste de um sentido objetivo, ao passo que a consideração pessoal do contribuinte compreende inegavelmente um traço subjetivo”²³. Até mesmo porque se deve levar em conta as “forças econômicas dos contribuintes, não podendo, assim, compeli-los a colaborar com os gastos públicos além de suas possibilidades”²⁴.

Sendo que arbitrar a receita bruta a noção de rendimento é evidente descompasso com a rigidez da noção da legalidade e capacidade contributiva, eis que os valores cobrados poderão ser desproporcionais ao próprio patrimônio do contribuinte. Portanto, mostra-se inconstitucional presumir a base de cálculo do tributo meramente pelos saldos bancários.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Súmula 61 do CARF relaciona-se ao artigo 42 da Lei nº 9.430/96 e encerra uma presunção de omissão de rendimentos que se aplica quando o contribuinte, devidamente intimado, não comprova mediante documentação hábil e idônea a origem dos valores creditados em conta de depósito ou de investimento de que seja titular.

Com esteio na praticabilidade tributária, pretende exigir do contribuinte que comprove os depósitos bancários realizados em sua conta bancária, sob pena de presumir que aqueles valores se referem a renda tributável. Em razão da necessidade de fazer a lei tributária atingir a todos, em uma verificação rasa, a noção estaria de acordo com a ordem constitucional.

No entanto, a análise não pode ficar adstrita ao afoito arrecadatório, mas sim deve considerar que a presunção somente tem lugar quando a norma tributária mostra-se incompleta; ou quando verificar uma lacuna com relação à

²² BILAC PINTO. *Estudos de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 73.

²³ JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Ob. Cit. 2013, p. 101.

²⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 113.

operacionalidade da situação. Ocorre que, com relação ao imposto de renda, não existe essa lacuna.

O imposto de renda é rigidamente regulamentado, tendo como escólio de aplicação a necessidade de aferição de renda enquanto acréscimo patrimonial para que surja a hipótese de incidência (fato gerador). A simples circulação física ou jurídica de valores na conta bancária de determinada pessoa, física ou jurídica, não se coaduna com o conceito de renda.

Portanto, à luz da legalidade, não se mostra possível realizar a presunção reforçada pela Súmula 61 do CARF, porquanto estar-se-ia presumindo renda em situação que não confirma a concretude do acréscimo patrimonial. E permitir a cobrança de tributo em situação que não reflita signo de riqueza induz ofensa à noção da capacidade contributiva. É pressuposto necessário para a incidência tributária a verificação concreta da capacidade de pagar tributos; presunção de riqueza não é suficiente para tal desiderato.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016;

ATALIBA, Geraldo. **Lançamento – procedimento regrado. Estudos e parecer de direito tributário**. São Paulo: RT, 1978, v. 2;

BARRETO, Aires Fernandino. **Base de cálculo, alíquota e princípios constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1998;

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963;

BILAC PINTO. **Estudos de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1953;

CARRAZZA, Roque Antonio. **Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986;

_____. **Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005;

_____. **Curso de direito constitucional tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012;

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Processo: 10140.000455/2003-35**. Nº Acórdão: 106-17.115;

COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária: exequibilidade de lei tributária e direitos do contribuinte**. São Paulo: Malheiros, 2007;

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2001;

FILHO, ANDRADE, Edmar Oliveira. **Imposto de Renda das Empresas**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2016;

FOLLONI, André. **Ciência do Direito Tributário no Brasil: Crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges**. São Paulo: Saraiva, 2013;

HORVATH, Estevão. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002;

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Finanças públicas e tributação ao lume dos direitos e garantias**. São Paulo: Noeses, 2015;

_____. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2013;

QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza: princípios, conceitos, regra-matriz de incidência, mínimo existencial, retenção na fonte, renda transnacional, lançamento, apreciações críticas**. Barueri: Manole, 2004;

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AREsp 664.675/RN**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 21/05/2015;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 855649 RG**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 21-09-2015 PUBLIC 22-09-2015;

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar. 2009

VALLE, Maurício Dalri Timm do. **Considerações sobre as características da competência tributária no Brasil**. In Constituição, Economia e Desenvolvimento. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2012a, vol. 4, n. 6, Jan.-Jun. p. 08.