

FABIANA DEL PADRE TOMÉ

Mestre e Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP
Professora do IBET e da PUC-SP

A PROVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO
De acordo com o Código de Processo Civil de 2015

4ª edição revista e atualizada

editora e livraria

NOESES

2016

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

T618p
4. ed.

Tomé, Fabiana Del Padre A prova no direito tributário : de acordo com o código de processo civil de 2015 / Fabiana Del Padre Tomé. - 4. ed., rev., atual. - São Paulo : Noeses, 2016.

480 p. : il. ; 23 cm.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-8310-076-8

1. Prova (Direito). 2. Direito tributário - Brasil. I. Título.

16-37719

CDU: 34:351.713(81)

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	XIX
SOBRE AS ALTERAÇÕES DESTA 4ª EDIÇÃO: O CAMINHO QUE SE FAZ AO CAMINHAR.....	XXV
NOTAS À 3ª EDIÇÃO.....	XXIX
NOTAS À 2ª EDIÇÃO.....	XXXI
INTRODUÇÃO	XXXV

CAPÍTULO 1

CONHECIMENTO, VERDADE E DIREITO

1.1 Algumas palavras sobre o constructivismo lógico-semântico	01
1.2 A questão do conhecimento.....	08
1.2.1 Conhecimento e linguagem.....	10
1.3 “Saber de”, “saber como” e “saber que”	14
1.4 Conhecimento e sistema de referência	15
1.5 A teoria do conhecimento segundo o constructivismo lógico-semântico	17

1.6 O “saber que” e sua relação com a verdade, crença e justificção	20
1.7 Breves considerações sobre a verdade	21
1.7.1 Verdade por correspondência.....	23
1.7.2 Fenomenalismo	24
1.7.3 Verdade por coerência	24
1.7.4 Verdade por consenso	25
1.7.5 Verdade pragmática	27
1.8 O significado do vocábulo “verdade” adotado neste trabalho	27
1.8.1 Renúncia à ideia de verdade objetiva	29
1.8.2 A autossustentação pela linguagem	32
1.9 Teoria dos jogos da linguagem e a legitimação pelo procedimento.....	35
1.10 Verdade material e verdade formal: uma disputa sem sentido	38
1.11 Verdade e sua relação com o direito	41
1.11.1 A fenomenologia da incidência tributária e o necessário quadramento do fato à norma	45
1.11.2 Aplicação do direito: forma como se efetiva a incidência tributária.....	47
1.11.3 Distinção entre “evento” e “fato”; entre “fato social” e “fato jurídico”	48
1.12 O direito como linguagem criadora da realidade jurídica.....	52
1.13 Verdade e teoria das provas no direito tributário ..	54

CAPÍTULO 2**AUTOPOIESE DO SISTEMA DO DIREITO POSITIVO**

2.1	Noção de sistema	57
2.2	A sociedade como sistema comunicacional.....	58
2.2.1	O subsistema comunicacional do direito	60
2.3	O direito na teoria dos sistemas	62
2.4	Sistema autopoietico	63
2.4.1	Código	66
2.4.1.1	Duplo ingresso.....	67
2.4.1.2	Bivalência do código e biestabilidade ...	70
2.4.2	Programas	72
2.5	Forma e função do programa jurídico.....	74
2.6	Processo e autopoiese do sistema jurídico	75
2.6.1	Segurança jurídica no sistema autopoietico: relacionamento entre sistema jurídico e ambiente	76
2.7	As provas na teoria autopoietica do direito.....	78
2.8	A prova no sistema comunicacional do direito.....	80

CAPÍTULO 3**NOÇÕES GERAIS SOBRE A PROVA**

3.1	Plurissignificação do vocábulo “prova”	87
3.2	Acepções do vocábulo “prova”	89
3.3	Prova como procedimento e produto.....	92

FABIANA DEL PADRE TOMÉ

3.4 A prova no processo de enunciação	94
3.5 Prova como fato	96
3.6 Caráter normativo da prova.....	97
3.7 Prova como signo.....	98
3.8 Indício, pista, vestígio, marca e sinal.....	102
3.9 Prova como mensagem.....	103
3.10 Prova como relação de implicação entre enuncia- dos linguísticos.....	104
3.11 Elemento constitutivo do fato jurídico em sentido estrito	104
3.12 Prova como meio de convencimento.....	105
3.13 Presunções.....	107
3.14 Prova da prova	107
3.15 Contraprova.....	108
3.16 Protoprova	109
3.17 Prova como demonstração.....	109
3.18 Prova como experiência	109
3.19 Prova como competição.....	110
3.20 Prova como providência preliminar.....	110
3.21 Prova como certificação.....	111
3.22 Meios de prova	111

CAPÍTULO 4

CLASSIFICAÇÃO DOS MEIOS DE PROVA

4.1 Considerações críticas sobre a “classificação das pro- vas” adotada pela doutrina tradicional.....	115
---	-----

A PROVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

4.1.1 Prova direta e prova indireta	118
4.1.1.1 Crítica à terminologia empregada	120
4.1.1.2 A imediatividade em relação à percepção do julgador	122
4.1.2 Prova pessoal e real	125
4.1.3 Prova testemunhal, documental e material	126
4.2 Espécies de meios de prova	127
4.3 Confissão	129
4.3.1 Depoimento pessoal	134
4.3.2 Confissão em matéria tributária.....	134
4.4 Documento.....	143
4.4.1 Espécies de documentos.....	145
4.4.2 O documento no direito tributário.....	146
4.4.3 O documento na era da informática	148
4.4.3.1 Emprego da prova em meio eletrônico na esfera tributária e o uso de ata notarial....	150
4.4.4 Atos processados em juízo.....	152
4.4.4.1 “Prova emprestada” em matéria tributária....	153
4.5 Depoimento testemunhal	158
4.5.1 O depoimento testemunhal no âmbito tributário..	159
4.6 Exame pericial.....	161
4.6.1 Perícia em matéria tributária	163
4.7 Presunção.....	167
4.7.1 Classificação das presunções	172
4.7.2 Índícios e suas espécies	174
4.7.3 Limites ao emprego de presunções em matéria tributária	176

4.8 Prova obtida por meio ilícito.....	183
4.8.1 Vedação, no âmbito tributário, de prova ilícitamente produzida.....	186

CAPÍTULO 5

MORFOLOGIA DA PROVA

5.1 Noções sobre a morfologia da prova.....	193
5.2 Objeto da prova.....	194
5.2.1 Fatos determinados	198
5.2.1.1 Limites ontológicos da possibilidade.....	200
5.2.2 Fatos relevantes	201
5.2.2.1 Fato pertinente e concludente.....	204
5.2.3 Fatos controversos.....	205
5.2.4 Fatos notórios	206
5.2.5 Fatos negativos.....	209
5.2.6 A prova nas hipóteses de presunção	211
5.2.7 Prova do direito.....	212
5.3 Conteúdo da prova	213
5.4 A forma da prova	214
5.5 Função da prova.....	217
5.6 Finalidade da prova.....	219

A PROVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

CAPÍTULO 6

DINÂMICA DA PROVA

6.1 O ato de provar.....	221
6.1.1 Atos de consciência	223
6.1.2 Sintaxe interna do procedimento probatório ..	224
6.1.3 Metaprocedimento organizacional das provas	227
6.2 Fonte da prova.....	229
6.3 Procedimento probatório	232
6.3.1 Tempo da prova.....	233
6.3.1.1 Momento da produção probatória no processo administrativo tributário	238
6.3.1.2 Aspecto temporal da norma de proce- dimento probatório e os critérios para aplicação de diploma legal superven- iente ao fato probando.....	244
6.3.1.3 O valor probatório da DERCAT apre- sentada para fins de adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributário (RERCT)	253
6.3.2 Lugar da prova: noções gerais e sua identifica- ção no processo administrativo tributário.....	258
6.3.3 Sujeitos da prova no direito processual civil....	259
6.3.3.1 Os sujeitos da prova no processo admi- nistrativo tributário	262
6.4 Prova é tema de direito material ou de direito proces- sual?	264
6.5 Princípios que orientam a produção da prova no processo administrativo tributário	268

6.5.1	Princípio dispositivo X princípio inquisitório..	269
6.5.1.1	Controle de legalidade e processo administrativo tributário: adoção do princípio inquisitório	270
6.5.2	Princípio do devido processo legal	272
6.5.2.1	Princípio da ampla defesa	274
6.5.2.2	Princípio do contraditório	275
6.5.2.3	Princípio da publicidade.....	276
6.5.3	Princípio da proibição da prova obtida ilicitamente	277
6.5.4	Princípio da imediatidade	277
6.6	Ônus da prova	278
6.6.1	Função e estrutura do ônus da prova	281
6.6.2	O ônus da prova no processo comunicativo	282
6.6.3	Distribuição do ônus da prova.....	284
6.6.4	Convenção das partes relativa à distribuição do ônus da prova	292
6.6.5	“Ônus” da prova no direito tributário.....	294
6.6.5.1	Presunção de legitimidade dos atos administrativos e o “ônus” da prova em matériatributária.....	297
6.6.5.2	O “ônus” da prova em face de presunçõeslegais.....	299

CAPÍTULO 7

AXIOLOGIA DAS PROVAS

7.1	Ato decisório e axiologia das provas.....	303
-----	---	-----

A PROVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

7.2	Breves noções sobre a axiologia do direito	304
7.3	Teoria dos atos de fala e a decisão do julgador	309
7.4	Critérios de avaliação das provas.....	312
7.4.1	Princípios que orientam a apreciação probatória ..	315
7.5	Hierarquia das provas.....	318
7.5.1	Hierarquia axiológica das provas.....	320
7.6	A produção probatória e os efeitos na convicção do julgador.....	321
7.6.1	Influência dos valores na apreciação das provas ..	324
7.6.2	Máximas de experiência	325
7.7	A atividade do julgador.....	327
7.8	Momento da atividade valorativa da prova	329
7.9	Teoria da decisão jurídica.....	331
7.9.1	A prova como suporte para a tomada de decisão	333

CAPÍTULO 8

A PROVA NO PROCEDIMENTO E NO PROCESSO

ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

8.1	Procedimento e processo administrativo fiscal no ciclo de positivação do direito.....	339
8.1.1	Distinção entre procedimento e processo: a figura do processo administrativo tributário.....	340
8.2	Definição do conceito de lançamento tributário	344
8.2.1	A ambiguidade procedimento/produto.....	346
8.2.2	Lançamento tributário e auto de infração.....	348

8.3	Ato administrativo	350
8.3.1	Estrutura do ato administrativo: pressupostos e elementos	352
8.3.1.1	Motivo, motivação e a linguagem das provas.....	354
8.4	As provas como meio de atingir a verdade lógica: sua importância no âmbito da imposição tributária.	356
8.4.1	Consequência da falta de prova no lançamento ou no ato de aplicação de penalidade.....	359
8.5	A produção de prova pela Administração	362
8.5.1	Dever e não ônus da prova.....	364
8.5.2	Limites ao emprego de presunções pela Administração	365
8.5.3	O ônus da prova para a atribuição de responsabilidade tributária aos administradores.....	366
8.5.4	O ônus da prova nas controvérsias relativas à ausência de notificação fiscal.....	369
8.5.5	A prova de inidoneidade da documentação fiscal	371
8.5.6	Arbitramento	376
8.5.6.1	Dever de colaboração do contribuinte ..	378
8.5.6.2	Requisitos para a realização de arbitramento	380
8.6	Desconsideração de negócios jurídicos.....	383
8.7	Contencioso administrativo tributário.....	389
8.7.1	Fases do processo administrativo tributário	390
8.7.2	Instrução probatória no processo administrativo tributário.....	392
8.8	Ato decisório e axiologia das provas no processo administrativo tributário	393

A PROVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS.....	395
BIBLIOGRAFIA.....	417