



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10410.000107/2011-41
Recurso nº 000.001 Embargos
Acórdão nº 1401-001.260 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de agosto de 2014
Matéria embargos
Embargante FAZANDA NACIONAL
Interessado MARCIO RAPOSO IMÓVEIS LTDA.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO QUANTO AOS PRESSUPOSTOS DE FATO DA DECISÃO. ANULAÇÃO DA DECISÃO.

São cabíveis embargos de declaração para anular a decisão proferida com base em pressupostos de fato não condizentes com a realidade. O julgamento com erro de fato tanto se enquadra na hipótese de obscuridade, posto que as razões de decidir não encontram respaldo fático para subsunção da norma, quanto na hipótese de contradição, posto que contrária à prova dos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em CONHECER e ACOLHER os embargos, com efeitos infringentes, por erro de fato, para: a) anular a decisão proferida por meio do acórdão nº 1401-000.829; e b) como consequência, devolver a relatoria do presente processo ao seu Conselheiro original, Fernando Luiz Gomes de Mattos.

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva- Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Jorge Celso Freire da Silva (Presidente), Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Henrique Heiji Ermano, Antonio

Bezerra Neto, Fernando Luiz Gomes de Mattos e Maurício Pereira Faro. Ausente momentaneamente o conselheiro Sergio Luiz Bezerra Presta.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de embargos de declaração aviados pela Fazenda Nacional, por meio da qual questiona os fundamentos de fato adotados por esta Turma Julgadora no julgamento do processo nº 10410.000107/2011-41, de 07 de agosto de 2012, para o qual este Conselheiro fora designado como redator das razões de voto vencedor.

A questão posta em debate naquele feito remonta à legalidade de utilização, pela Receita Federal do Brasil, de documentos colhidos por meio de Operação Policial que, no entendimento da Turma Julgadora, havia sido realizada à margem da determinação judicial.

Como esboço fático, assim descrevi os fatos dos autos, *in litteris*:

Segundo se extrai do Relatório de Procedimento Fiscal acostado às fls.101/111, a fiscalização que culminou com a lavratura do auto de infração em análise, teve início por provocação da Polícia Federal, que encaminhou, à Receita Federal do Brasil, documentos e elementos de prova colhidos no curso de inquérito instaurado para investigar as atividades desenvolvidas pela Recorrente. Senão veja-se:

II. Da Motivação para Abertura de Fiscalização

De início foi instaurado o Inquérito Policial nº 2005.80.00.0058765

pela Polícia Federal, tendo sido realizada operação de busca e apreensão, em 17/07/2008, cujo Mandado foi o de nº 003.0013486/

2008, tendo como alvo a Empresa MÁRCIO RAPOSO IMÓVEIS LTDA, cujo sócio majoritário é o Sr. Antônio Márcio Brito Raposo.

Da operação realizada foram apreendidos documentos e computadores, dentre os quais foram repassados à Receita Federal aqueles que continham indícios de irregularidades fiscais.

De posse da documentação apreendida foram instaurados procedimentos fiscais tanto na Empresa, quanto na pessoa física, sendo que o procedimento instaurado em face da Pessoa Jurídica é o de nº 04.4.01.00.200900324 *Segundo se extrai do documento de fls. 7.582/7585, a autoridade policial federal requisitou, ao Juiz da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas, ordem judicial para que fossem apreendidos mídias eletrônicas e documentos da Recorrente, que poderiam figurar como prova da prática de ilícito por ela investigado.*

O Juiz da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas, ao passo que concedeu o pedido elaborado pelo Delegado da Polícia Federal daquela jurisdição, determinou a observância de enormes cautelas, assim como que o procedimento de busca e apreensão fosse realizado com a presença de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, que decidiria, no momento do cumprimento do mandado, quais elementos seriam úteis para a realização da perícia investigatória. Leia-se a íntegra da decisão proferida, in litteris:

DECISÃO

Vistos, etc.

1. Houve a formulação de uma representação da autoridade policial com o desiderato de apreender CPU's de computador e meios de armazenamento digital, especialmente CDROMs, DVDROMs, PENDRIVES, cartões de memória, drives externos, zipdrives,

discos rígidos externos e disquetes, contratos de compra e venda de imóveis daquela empresa, com o devido acompanhamento de Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil de modo a viabilizar a realização de perícias e instruir o Inquérito Policial. autoridade policial, gizando que o pedido está na linha de desdobramento das investigações encetadas no Inquérito Policial, sendo indispensáveis estas diligências ora requeridas.

3. Breve relato.

4. A busca e apreensão é medida de natureza acautelatória destinada a evitar o perecimento de coisas e pessoas que interessem à causa, como medida extrema de afastamento da garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio em seu sentido amplo.

5. Justifica-se o seu deferimento quando a(s) coisa(s) que se pretende buscar e eventualmente apreender interessa(m) diretamente à elucidação da causa, funcionando como precautela real.

6. Leia-se, a esse respeito, o seguinte precedente do TRF da 4ª Região:

“Mandado de segurança. Inquérito policial. Busca e apreensão de documentos. A apuração de fato que possa comprovar a prática de crime deve ser a mais ampla, autorizando o juiz a ordenar a busca e apreensão de documentos. Mandado de segurança prejudicado em parte e denegado no restante.”

(TRF 4, MS 940453910/RS; Primeira Turma; DJ 16/11/1994, p. 65864; rel. Juiz Ari Pargenler; Unânime)

7. O Código de Processo Penal no artigo 240, §1º, permite a busca domiciliar quando fundadas razões autorizarem nas hipóteses que enumera, inclusive para descobrir elementos necessários para a prova da infração e colher elementos de convicção (alíneas “e” e “h”, do citado artigo).

8. No caso em epígrafe, foi apurada a utilização de notas fiscais falsificadas da empresa (omissis)¹ para justificar o recebimento de valores referentes à corretagem de imóveis pelos corretores que prestam serviços à imobiliária (omissis).

9. De tal manobra contábil é possível inferir a prática de outros crimes mais complexos e o envolvimento de outras pessoas, até então não identificadas, sendo imprescindível a busca de documentos na sede da Imobiliária, de modo a identificar as transações imobiliárias e os verdadeiros valores envolvidos, bem como o registro das transações em meios computacionais.

10. Deste modo, percebe-se a necessidade da decretação da medida cautelar de busca e apreensão já que se faz necessário o recolhimento dos documentos e bens indicados de modo a viabilizar a realização de uma perícia hábil para o deslinde das investigações, permitindo a verificação da infração, assim como fornecer elementos de convicção para identificação dos agentes responsáveis.

11. A medida se justifica pela circunstância de que há risco de prejuízo para a instrução caso formalizada mera requisição dos documentos e bens indicados, por isso estou plenamente convencido do “periculum in mora” descrito pela autoridade policial e corroborado pelo parquet.

12. Ressalto que como “qualquer busca é sempre invasiva e atentatória à intimidade do indivíduo, deve o executor agir com

redobrada cautela e causar o menor distúrbio possível. Entenda-se tal procedimento não somente em relação ao tempo de duração da diligência, com relação à conduta a ser tomada dentro do domicílio” (Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 3ed. Ver., atual e amp – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004).

13. Assim, comungo do entendimento de que fugiria ao razoável submeter a Imobiliária (omissis) a um desnecessário abalo de sua credibilidade e imagem pública, em razão de um procedimento meramente inquisitorial que não lhe assegura contraditório ou ampla defesa.

14. Por conseguinte, determino o cumprimento da medida de busca e apreensão com o menor distúrbio possível, devendo zelar a autoridade policial pela descrição da diligência, valendo-se tão somente dos meios necessários à apreensão dos documentos e bens arrolados, pelo menor tempo possível e em horário de menor movimento, trajando vestes à paisana que não intimidem nem assustem os clientes e funcionários, em suma, valendo-se a Polícia Federal de seu habitual e conhecido bom senso.

15. Diante do exposto, com fulcro no artigo 240, §1º, “e” e “h”, do Código de Processo Penal, DEFIRO o pedido e determino a busca e apreensão de CPU's de computador e meios de armazenamento digital, especialmente especialmente CDROMs,

DVDROMs, PENDRIVES, cartões de memória, drives externos, zipdrives, discos rígidos externos e disquetes, contratos de compra e venda de imóveis, livros contábeis e fiscais, notas fiscais, documentos contábeis e fiscais diversos e demais objetos relacionados com as operações de compra e venda de imóveis daquela empresa, com o devido acompanhamento de Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, de modo a orientar os policiais quanto ao interesse fiscal de cada documento.

16. Outrossim, deve ser realizada a diligência DURANTE O DIA, no endereço (omissis), podendo ainda, a autoridade executora colher quaisquer outros elementos de convicção, observando o disposto no art. 248 do Código de Processo Penal.

17. As coisas eventualmente apreendidas pela autoridade policial incumbida da execução da presente medida, caso não constituam produto ou instrumento de crime ou não interessem para elucidação dos fatos em apuração, deverão ser restituídas ao seu proprietário no prazo máximo de 30 (trinta) dias da efetivação da apreensão, mediante termo e feita a imediata comunicação a este Juízo.

18. O relatório circunstanciado da diligência deverá ser apresentado no prazo de 48 (quarenta e oito) horas após o cumprimento.

19. Expeça-se o competente mandado de busca e apreensão, em caráter de urgência, conforme requerido, observados os requisitos do art. 243 do CPP.

20. Decreto o segredo de justiça para o trâmite deste Inquérito Policial.

21. Ciência ao Ministério Público Federal.

22. Expeça-se ofício à Superintendência da Polícia Federal, informando sobre as cautelas peculiares que esta busca e apreensão requer, bem como ofício à Receita Federal para que disponibilize Auditores Fiscais para acompanhamento na diligência a ser promovida pela Polícia Federal, respeitando-se o sigilo.

Ocorre que os agentes da Polícia Federal, desconsiderando o comando direto da ordem judicial, dirigiram-se à sede da sociedade contribuinte sem a presença de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, quando então recolheram inúmeros documentos e equipamentos que se encontravam no local.

Encaminhados os documentos e elementos de prova colhidos na busca e apreensão para a Receita Federal do Brasil, a Recorrente foi intimada do Termo de Início de Ação Fiscal (fls. 113/114).

Durante a fiscalização, a Recorrente foi intimada a apresentar documentos, ou esclarecer dados apurados a

partir dos elementos outrora remetidos pela Polícia Federal. Ao final, a Autoridade Fiscal contrapõe as informações constantes da escrituração fiscal da Recorrente com aquelas recebidas da Polícia Federal, oportunizando a lavratura do presente auto de infração. Veja-se a descrição fática do procedimento fiscal, *in verbis*:

7 — Dentre os documentos apreendidos e repassados pela Polícia Federal destacam-se as propostas de compras, os contratos de compra/venda, planilhas contendo as vendas dos imóveis destacadas por corretor e alguns recibos de pagamento relativos as vendas de imóveis, bem como o conteúdo de alguns emails enviados/recebidos pelo contribuinte.

De posse dos mesmos, elaboramos as planilhas "INTERMEDIações REALIZADAS PELA IMOBILIARIA" relativas aos anoscalendários de 2004, 2005, 2006 e 2007; e intimamos o contribuinte, por meio do Termo de Intimação nº 06, datado de 21/09/2010, fls. a , a confirmar as intermediações de vendas realizadas pela Empresa durante os anos de 2005; 2006 e 2007, e informar ainda os valores recebidos a título de comissões, obtidos em função das Relatório do Procedimento Fiscal intermediações de vendas realizadas nos anos de 2004 a 2007, visto que para o ano de 2004, as intermediações já haviam sido confirmadas, conforme descrito no item 2, acima relatado. Em sua carta resposta, datada de 01/10/2010, fl. __ o contribuinte apresenta as Planilhas demonstrando. A confirmação das vendas, bem como o valor das respectivas comissões dos anos de 2005, 2006 e 2007.

8 — Encontramos nas planilhas, que contem a relação de vendas de imóveis destacadas por corretor, várias unidades imobiliárias que tiveram sua comercialização intermediada pelo contribuinte sem que as mesmas fizessem parte da relação dos imóveis que constam na planilha anexada ao Termo de Intimação Fiscal nº 06. Assim, intimamos o contribuinte, por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 07, datado de 14/10/2010, a confirmar as intermediações de vendas realizadas pela empresa, durante os anos de 2005, 2006 e 2007, conforme planilha elaborada de acordo com as vendas por corretor e anexada ao Termo.

Em sua cartaresposta, datada em 25/10/2010, o contribuinte apresenta uma planilha que confirma as intermediações de vendas e informa o valor das respectivas comissões. ,

9 Por meio do termo de Intimação nº 08, datado de 30/11/2010, intimamos o Contribuinte a apresentar a discriminação dos imóveis relacionados nas DIMOB dos anos calendários de 2004 e 2005, visto que nas Declarações apresentadas pelo Contribuinte, fls. a fls. , não consta a individualização de cada imóvel, mas sim, somente, o nome da rua/Avenida em que o mesmo se localiza.

O contribuinte apresentou sua cartaresposta em 06/12/2010, anexando uma planilha onde individualiza quase todos os imóveis.

Ato seguinte, elaboramos as Planilhas 'RELAÇÃO DOS IMÓVEIS INTERMEDIADOS OMITIDOS NA DIMOB', fls. a _ para os anos-calendário de 2004 e 2005, contendo os imóveis que conseguimos comprovar a venda e que não constaram nas respectivas DIMOB, sendo que para os anoscalendários de 2006 e 2007, os imóveis que constam nas Planilhas CONFIRMAÇÃO DAS VENDAS' dos mesmos anos foram todos omitidos na DIMOB, já que 'o contribuinte não apresentou as Declarações a que estava obrigado.

E por derradeiro elaboramos a Planilha "APURAÇÃO DA MULTA RELATIVA A OMISSÃO DA DIMOB", fl. a .

10 Vale destacar que a busca e apreensão, por parte da Policia Federal, se deu em 17/07/2008 e o inicio do procedimento fiscal foi dado somente no dia 08/06/2009, o que oportunizou ao Contribuinte retificar todas as Declarações de Informações Econômico Fiscais da Pessoa jurídica — DIPJ, relativas aos anos calendário de 2004 a 2007, abrangendo todo período fiscalizado.

Mesmo após a retificação, a sua contabilidade não registra todas as receitas decorrentes da intermediação de imóveis.

Após a confirmação das vendas pelo contribuinte em respostas as Intimações de nº 06 e 07, confrontamos com as vendas informadas nas Notas Fiscais emitidas pelo Contribuinte, as vendas informadas na DIMOB, as vendas informadas na Relação dos Corretores, e as vendas confirmadas por meio de Contrato de Compra e Venda, Escritura e Recibos, encontrados no material fornecido pela Policia Federal e então, 'elaboramos as planilhas: 'Confirmação de Vendas" fls. a 1627 relativas aos anos de 2005 a 2007, e Planilha de 'Relação dos Imóveis Intermediados Omitidos na Contabilidade fls.. relativa ao ano de 2004, que incluem todas vendas de imóveis confirmadas, seja pelo contribuinte, seja pela notas fiscais, seja pela DIMOB e seja pelos Contratos de Compra e Venda, as Escrituras ou os Recibos.

(...)

Por fim, elaboramos a Planilha "APURAÇÃO DA OMISSÃO DE RECEITA", fls. a , na qual consta as receitas apuradas, mês a mês, decorrentes da Confirmação de vendas para os anoscalendário de 2005 a 2007 e confrontamos com as receitas de vendas contabilizadas pelo contribuinte na conta contábil "Receitas de Vendas" do Livro Razão, fls. a achando assim a receita omitida para os anos acima referidos. Já para o anocalendário de 2004 apuramos a omissão diretamente na Planilha 'Relação dos Imóveis Intermediados Omitidos na Contabilidade', acima referida.

A questão posta em debate, e que levou ao cancelamento do auto de infração, gira em torno da legalidade na obtenção da prova sobre a qual a Autoridade Fiscal lavrou o auto de infração. A Recorrente alegou, em síntese, na preliminar de relevo, que as provas obtidas pela Secretaria da Receita Federal e que embasaram a lavratura do auto de infração, recolhidas pela busca e apreensão realizada pela Polícia Federal, são ilícitas, uma vez que teria havido o descumprimento da ordem judicial que deferira o procedimento, incorrendo em verdadeira devassa aos arquivos da sociedade, consoante restou certificado no “Auto circunstanciado de busca” de fls. 7.376/7.379. Partindo da premissa de que “todas as peças apreendidas passaram pelo crivo das autoridades fiscais” e de que o auto de infração foi lavrado com base nas provas e documentos adquiridos por intermédio da Polícia Federal, lastreadas pela decisão judicial de busca e apreensão, a maioria da Turma Julgadora entendeu ter havido descumprimento, por parte da Polícia Federal, dos limites e requisitos impostos na decisão judicial. Por esse motivo, os documentos dela decorrentes caracterizam prova ilícita, impossível de ser utilizada como fundamento para lavratura do lançamento.

Nesse contexto, para a melhor apreciação do caso, necessária a análise das normas jurídicas aplicáveis à espécie, notadamente aquelas que estabelecem o conceito de domicílio e sua proteção constitucional, além da doutrina e das normas afetas à decisão que determina o procedimento de busca e apreensão de provas e sua estreita relação com a ilicitude dos meios probatórios.

Nesse contexto fático, a Turma Julgadora, por maioria, entendeu pela ilegalidade das provas colhidas pela Polícia Federal, uma vez que a execução da ordem de busca e apreensão não teria sido procedida nos termos da decisão judicial que a deferiu, especificamente no que toca ao acompanhamento de Auditores Fiscais da Receita Federal.

Intimada a Fazenda Nacional acerca da decisão, a mesma opôs embargos de declarações por meio dos quais alega que a mesma “se baseou em falsa premissa fática, já que houve sim a participação de Auditores da RFB na busca e apreensão autorizada no Processo nº 2005.80.00.005876-5, conforme resta comprovado pelos documentos a seguir mencionados e anexados aos presentes autos”.

Nesse sentido, apresenta, a Embargante, os seguintes documentos:

- a) cópia de email interno da receita Federal do Brasil, com designação de servidores para apticipar de busca e apreensão no período de 16/07/2008 a 17/07/2008 em Maceió;

- b) concessão de diárias a auditores da RFB de Recife para o cumprimento da diligência em Maceio, conforme acima apontado;
- c) declaração firmada pelos auditores fiscais Antônio Sinval Machado Filho e João Felipe Rocha Lages, firmando ter participado da operação descrita no presente processo;
- d) autorização judicial outorgada no processo judicial em referência, autorizando o compartilhamento dos documentos apreendidos com a Receita Federal do Brasil

Em face de referidos documentos, propus fosse aberta vista dos mesmos ao Contribuinte, que apresentou petição alegando o seguinte:

- a) a peça da Fazenda Nacional não é embargos de declaração, mas verdadeiro recurso de apelação, cuja previsão não existe no Regimento Interno do CARF, vez que pretende a apreciação de documentos novos;
- b) que os documentos ora apresentados não são contemporâneos e não constam original do processo;
- c) que a escrivã de Polícia, sra. Cândida Ferreira de Oliveira Sousa, descreveu a equipe “que participara da operação de busca e apreensão, mencionou os nomes das pessoas que estavam na imobiliária, anotou os dados de testemunhas que lá estavam presentes, todavia, não mencionou a presença de Auditores Fiscais da receita Federal na operação”;
- d) não consta, também, a participação de referidos Auditores Fiscais do Relatório Circunstanciado de Busca e Apreensão;
- e) que a ausência dos Auditores Fiscais na operação de busca e apreensão teria sido reconhecida pela DRJ do Recife, ao afirmar, no acórdão nº 11.34007, que “*a ausência do Auditor Fiscal, da Receita Federal naquela diligência*” não inquina de validade a ação”;
- f) que o relatório realizado pelo Delegado Antônio Miguel Pereira Júnior, que presidiu a diligência, não faz referência à presença de Auditores Fiscais;
- g) que os Auditores Fiscais relacionados no email e designados para acompanhar a operação não são s
mesmos que declaram ter participado da diligência.

Processo nº 10410.000107/2011-41
Acórdão n.º **1401-001.260**

S1-C4T1
Fl. 7

É o relatório, no necessário.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira

Os embargos são tempestivos e, atendidos os demais requisitos de lei, deles conheço.

PRELIMINAR. ERRO DE FATO. EMBARGOS.

Os presentes embargos são fundados em alegação de erro quanto aos fatos sobre os quais se fundou a decisão proferida por este Colegiado. Em sede de preliminar, alega, a Embargada, que os embargos não se prestam à rever ou alterar a decisão proferida sob a alegação de erro de fato.

A questão, *permissa venia*, já resta há muito superada na jurisprudência administrativa, sendo cediço que erro de fato é passível de revisão por meio de embargos. Veja-se o posicionamento da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ERRO DE FATO - NULIDADE PROCESSUAL - Constatado **erro de fato** no julgamento do Recurso Voluntário do Contribuinte, anula-se o Acórdão proferido, devolvendo-se os autos à Câmara de origem para novo julgamento. **Embargos acolhidos Acórdão nº 40304169 do Processo 101660227389939**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ERRO DE FATO - NULIDADE PROCESSUAL - Constatado **erro de fato** no julgamento do Recurso Voluntário do Contribuinte, anula-se o Acórdão proferido, devolvendo-se os autos à Câmara de origem para novo julgamento. **Embargos acolhidos Acórdão nº 40304168 do Processo 101660231109988**

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI
PERÍODO DE APURAÇÃO: 31/12/1999 a 31/12/1999 **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ERRO DE FATO - NULIDADE PROCESSUAL**. Constatado falha processual quando do julgamento do Recurso Especial, anula-se o Acórdão proferido na CSRF para que o trâmite processual seja feito na sua boa e devida forma. **Embargos Acolhidos Acórdão nº 40203253 do Processo 13976000114200414**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 25/11/2014 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA, Assinado digitalmente em 26/11/2014 por JORGE CELSO FREIRE DA SILVA, Assinado digitalmente em 25/11/2014 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA

Impresso em 28/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

De fato, o julgamento com erro de fato tanto se enquadra na hipótese de obscuridade, posto que as razões de decidir não encontram respaldo fático para subsunção da norma, quanto na hipótese de contradição, posto que contrária à prova dos autos.

Diante do exposto, entendo deva ser superada a preliminar argüida.

PRELIMINAR. FATOS NOVOS. DOCUMENTOS EXTRA AUTOS

Ainda em sede de preliminar, aduz a Embargante que não poderia a Fazenda Nacional, em sede de embargos de declaração, trazer à colação documentos novos que não fizeram parte do processo original.

Nesse ponto, importante tecer algumas considerações.

Em estudo organizado pelo Prof. Ives Gandra da Silva Martins (Questões Controvertidas no Processo Administrativo Fiscal – CARF. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, tivemos a oportunidade de firmar o seguinte entendimento:

Postos esses entendimentos, entendo que lançamento é o ato administrativo que declara a ocorrência do fato gerador e formaliza o crédito tributário, descrevendo a norma individual e concreta de tributação, apontando o sujeito passivo e sujeito ativo, o montante da obrigação tributária, além de operacionalizar a forma do seu pagamento.

Nesse sentido, o lançamento lida com dois momentos lógicos (e não cronológicos): 1º) a identificação do fato impositivo, ocorrido com a subsunção do fato descrito à hipótese prevista na norma geral e abstrata de tributação; e 2º) a formalização da relação jurídicotributária

entre sujeito ativo e sujeito passivo, pela edição da norma individual e concreta de tributação.

Na verdade, o termo de verificação fiscal ou o termo de encerramento da ação fiscal, muitas vezes negligenciado como peça secundária na lavratura dos lançamentos fiscais, é o elemento essencial que realiza a subsunção do fato à hipótese de incidência tributária e, fundamentalmente, onde se encontram os elementos informadores da relação jurídico tributária objeto do lançamento.

Sem esse descritivo, devidamente realizado em apartado ou no próprio auto de lançamento, não há como se saber acerca da legalidade da imputação tributária, ou da confirmação dos elementos da relação jurídicotributária dele constantes.

Tanto é assim que o decreto nº 70.235, exige que o lançamento fiscal contenha, obrigatoriamente, esses dois momentos lógicos: (i) o inciso II do art. 10 exige a “descrição do fato” e (ii) os incisos I e V do art. 10 exigem a qualificação do autuado (sujeito passivo) e a determinação da exigência com apuração do montante tributo devido (c/c inciso II do art. 11).

Notificado o lançamento ao contribuinte, este pode opor-se tanto com relação à imputação da ocorrência do fato imponível, buscando apresentar um fato diverso daquele que fora tomado como elemento de subsunção à hipótese de incidência abstratamente considerada; quanto pode confirmar o fato imponível, mas divergir quanto aos elementos formadores da relação jurídico-tributária, na implicação da norma geral e abstrata em norma individual e concreta.

A partir do questionamento do contribuinte, com a apresentação da impugnação, tem início o processo administrativo fiscal.

Com efeito, a impugnação apresentada pelo contribuinte é o

elemento delimitador do objeto de análise e decisão no âmbito

do processo administrativo fiscal, podendo tratar tanto das questões de fato tomadas como fundamento do lançamento, quando de questões de direito. As questões não impugnadas não são devolvidas à apreciação no curso do processo administrativo fiscal, salvo se se tratarem de matéria passível de conhecimento de ofício (nulidade ou decadência). Tanto é assim que “considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante” (art. 17 do decreto nº 70.235).

Na sistemática da lei do processo administrativo fiscal, havendo divergência de matéria fática, o contribuinte poderá opor-se ao lançamento, devendo trazer os elementos de prova que confirmem a sua versão.

Surgido o litígio quanto a matéria de fato, o processo administrativo passa a lidar com uma contraposição de versões:

a versão do Fisco, fundada nos elementos constantes do lançamento; e a versão do contribuinte, fundada nos elementos constantes da impugnação. Cada um assume o ônus de prova da versão dos fatos que pretende sustentar.

Segundo o decreto nº 70.235, cabe ao contribuinte apresentar, na impugnação, “os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir” (art. 16, inciso III), sendo que a prova documental deverá ser apresentada na impugnação, sob pena de preclusão (§ 4º do art. 16).

Mas essa imputação não desonera a Fazenda Pública de provar, no processo administrativo fiscal, que a versão dos fatos constantes do lançamento, em especial do termo de verificação fiscal, está sustentada em elementos de prova suficientes ao enquadramento jurídico realizado. Na verdade, o lançamento pressupõe a existência desses elementos de prova apurados pela Administração Tributária, no curso do procedimento de fiscalização. Assim, no curso do processo administrativo fiscal, o ônus da prova quanto aos fatos descritos no lançamento cabe à Fazenda Pública, pois são essas provas que sustentam a aplicação do direito realizada na formalização do crédito tributário.

A exceção ocorre quando da aplicação de presunções legalmente previstas, em que se autoriza à Administração Tributária assumir determinado fato como verdadeiro, revertendo-se o ônus da prova para atribuí-lo ao contribuinte. Nessa situação, basta a descrição do fato presumido para que se atribua o ônus ao contribuinte de provar que o mesmo, na realidade, não ocorreu.

Mas, mesmo aqui, cabe à Autoridade Fiscal provar, no lançamento, que os requisitos legais para a aplicação da presunção estavam presentes e foram observados.

Veja-se que a presunção de certeza do crédito tributário e a presunção de certeza do próprio lançamento enquanto ato administrativo não existem no curso do processo administrativo fiscal. Essa qualidade somente será adquirida após o encerramento do PAF, quando o crédito for remetido para inscrição em dívida ativa, oportunidade em que deverá submeter-se a um controle final de legalidade por parte da advocacia pública (art. 204 do CTN).

Assim, entendemos que a versão dos fatos constantes do lançamento deve desvelar a realidade com fundamentos sustentáveis para a sua manutenção. Se a versão dos fatos apurados no curso do processo administrativo fiscal infirmar a versão dos fatos constantes do lançamento, em ponto fundamental, o mesmo deverá ser cancelado.

No caso dos presentes autos, não se trata de revisão de fatos ou indagação de fatos novos relativos aos elementos de composição dos fatos geradores em si considerados; mas sim a legalidade das provas colhidas e utilizadas para o lançamento tributário.

Nesse sentido, a aceitação de documentos novos apresentados pela Fazenda Nacional, em sede de embargos de declaração, não tem por objetivo alterar, confirmar ou infirmar os fatos constantes do Termo de Verificação Fiscal que baseou o auto de infração.

Ao contrário, tratam-se de documentos que enfrentam a alegação preliminar aduzida em sede de impugnação e que tem efeitos quanto à validade das provas, não a sua materialidade em si.

Nesse sentido, ainda que procedente os argumentos da Fazenda Nacional, com a análise dos documentos por ela apresentados, não se estará, em momento algum, promovendo a alteração do auto de infração.

Rejeito, também aqui, a preliminar.

MÉRITO

No mérito, tem-se que os fatos originalmente considerados conduziam à ausência dos Auditores da Receita Federal do Brasil na diligência de busca e apreensão realizada junto à Recorrente, levando à imprestabilidade das provas colhidas, nos termos em que se fundou a decisão embargada.

Esse pressuposto de fato levou em consideração que:

A) que a escrivã de Polícia, sra. Cândida Ferreira de Oliveira Sousa, não relatou a presença dos Auditores Fiscais da Receita Federal na Busca e Apreensão realizada junto à Contribuinte;

B) não consta, também, a participação de referidos Auditores Fiscais do Relatório Circunstanciado de Busca e Apreensão;

C) que a ausência dos Auditores Fiscais na operação de busca e apreensão teria sido reconhecida pela DRJ do Recife, ao afirmar, no acórdão nº 11.34007, que “a ausência do Auditor Fiscal, da Receita Federal naquela diligência” não inquina de validade a ação”;

D) que o relatório realizado pelo Delegado Antônio Miguel Pereira Júnior, que presidiu a diligência, não faz referência à presença de Auditores Fiscais;

No entanto, a partir do momento em que a Fazenda Nacional trouxe aos autos documentos em que comprovam a presença de Auditores Fiscais da receita Federal do Brasil no cumprimento da ordem judicial de busca e apreensão, o vício que inquinava a legalidade das provas do presente processo mostrou-se inexistentes.

Analisando as razões de embargos de declaração, é possível extrair-se, a partir de declaração firmada pelos Auditores Fiscais Antônio Sinval Machado Filho e João Felipe Rocha Lages, por si só, já se mostram suficientes para confirmar o erro de fato no julgamento realizado por esta Turma Julgadora.

Isso porque a decisão embargada (i) tomou em consideração a ausência de servidores fiscais no cumprimento da ordem de busca e apreensão, nos termos da decisão judicial, quando, em verdade, (ii) houve o acompanhamento fiscal em referida diligência, nos exatos termos da decisão judicial.

Não subsiste, pois, o substrato fático segundo o qual a decisão foi proferida.

Entendo, assim, deva ser revista a decisão embargada, em seus efeitos infringentes, por erro de fato, para:

i) anular a decisão proferida por meio do acórdão nº 1401-000.829;

ii) como consequência, devolver a relatoria do presente processo ao seu conselheiro original, Fernando Luiz Gomes de Matos.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira - Relator