

SUMÁRIO

1. Da necessidade da Correta Instrução Processual.
2. Auto de Infração Relativo a Mais de Uma Irregularidade.
3. Simplificação do Estorno de Crédito Indevido.

1 - Da Necessidade da Correta Instrução Processual.

A Lei nº. 13.882/01 que regula o Processo Administrativo Tributário estabelece que ao auto de infração sejam anexados demonstrativos de levantamentos ou quaisquer outros meios probantes que fundamentem o procedimento (art. 23, §3º). Assim, mesmo diante do princípio administrativo da presunção de legitimidade do lançamento tributário, a Administração Tributária não está dispensada de provar os fatos constitutivos de sua pretensão, no sentido de fundamentar e evidenciar a existência do crédito tributário. Neste contexto, não se pode perder de mira o princípio processual segundo o qual incumbe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito. A propósito, faz-se oportuno atentar para algumas autuações calcadas em instrução probatória insuficiente:

a) Falta de registro de doc. fiscal relativo à entrada.

Autos de infração relativos à omissão de registro de documentos fiscais de aquisição ou entrada de mercadorias, bens ou serviços não devem ser instruídos apenas com relatórios, tais como: RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS OBTIDAS NO SINTEGRA, RELATÓRIO DE NOTAS FISCAIS POR DESTINATÁRIO, SOLICITAÇÃO DE VIAS DE NOTAS FISCAIS, ORDENS DE CONFERÊNCIA etc. **Em todas essas situações, faz-se necessária a juntada no processo de cópias dos documentos fiscais que fundamentam a ação fiscal e do próprio livro registro de entrada, a fim de se evitar a declaração de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração ou cerceamento do direito de defesa.**

b) Omissão de pagamento do ICMS – ST informado em documento de arrecadação – DARE.

É bem verdade que a Instrução de Serviço nº. 05/03-SGAF permite que o documento fiscal não registrado, constante de Ordem de Conferência, possa ser objeto de autuação sem anexação de sua cópia autenticada aos autos do processo, desde que prestadas determinadas informações a fim de possibilitar a juntada da cópia desse documento em eventual fase contenciosa (artigo 2º, parágrafo único). **Entretanto, essa permissão restringe-se apenas ao procedimento simplificado de fiscalização, por ocasião do processamento de evento cadastral, aplicável apenas a estabelecimento de microempresa ou de empresa de pequeno porte.**

Idêntico cuidado em relação à instrução processual deve ser dispensado quando da autuação por falta de pagamento do ICMS Substituição Tributária pelas Operações Posteriores informado em Documento de Arrecadação – DARE. É imprescindível a juntada da cópia do documento fiscal aos autos do processo, já que se apresenta por demais frágil e deficiente a autuação com base apenas no DARE ou na Relação de DARE's e NF's por sujeito passivo.

2 - Auto de Infração Relativo a Mais de Uma Irregularidade.

Quando o contribuinte apresentar saldo credor na escrituração fiscal e se constatar mais de uma infração relativa à omissão de estorno e/ou escrituração indevida de créditos no mesmo período fiscalizado, apesar de opcional, é indi-

cada a lavratura de apenas um auto de infração abrangendo todas as irregularidades.

Esse procedimento traz a vantagem e conveniência de facilitar a demonstração da repercussão do não pagamento do imposto em decorrência do crédito indevido, bem como de

trazer economia processual, pois num único processo ficam apuradas e evidenciadas as diversas infrações detectadas.

Nessa situação, o agente do fisco deve escolher um modelo de auto de infração e realizar as adaptações no histórico de forma a explicitar com clareza e objetividade as infrações apuradas na auditoria. Aconselha-se a escolha do modelo de auto relativo à infração de maior valor tributário. Com isso, os dados dos relatórios gerenciais-estatísticos das espécies de créditos tributários lançados de ofício não sofrerão distorção.

Vale salientar que é indispensável o devido detalhamento das infrações no **Demonstra-**

tivo Auxiliar da Auditoria Básica do ICMS, bem como a anexação das provas das irregularidades aos autos do processo. Se a peça processual ficar muito extensa e complexa, é conveniente a realização do lançamento tributário por exercício financeiro.

Por fim, visando evitar possíveis alegações de cerceamento do direito de defesa, faz-se necessário que se mencione no final do histórico do auto de infração (Complementação da Infração, no novo sistema auto de infração) os dispositivos infringidos referentes às demais infrações apuradas.

3 – Simplificação do Estorno de Crédito Indevido.

O item **Créditos Indevidos, Notificação e Aplicação de Penalidades** da Auditoria Básica do ICMS foi modificado, deixando claro que não é exigida a realização desse levantamento fiscal até o último período de apuração encerrado na escrituração fiscal do sujeito passivo, na hipótese de existir simultaneamente crédito indevido e saldo credor no livro fiscal, visando demonstrar a falta de pagamento do imposto.

Portanto, pode-se encerrar a auditoria em qualquer período, sendo que para se aplicar a pena prevista no inciso IV, “b” do artigo 71, CTE, é necessária a realização da auditoria até, no mínimo, janeiro/2004, quando começou a vigorar essa penalidade. Isso porque ao se encerrar a auditoria em período anterior a janeiro/2004, tornar-se-ia inviável a aplicação retroativa da penalidade acrescida ao inciso IV pela alínea “b”, por configurar gravame que inexistia em período anterior a essa data.

A modificação do roteiro de fiscalização atende à constante necessidade do seu aprimoramento, e, nessa situação, notadamente para:

a) Permitir à Administração Tributária definir, conforme a necessidade, conveniência e oportunidade, até que período deve ser realizado a auditoria;

b) Evitar possível alegação por parte do sujeito passivo no sentido de que já teria sido fiscalizado, logo não mais poderia ser submetido a outro procedimento de fiscalização abrangendo o mesmo período, pois o crédito tributário estaria definitivamente homologado, quando na realidade o fisco apenas demonstrou a repercussão do crédito indevido na falta de pagamento do ICMS, sem sujeitar o contribuinte a nenhuma medida efetiva de fiscalização.

c) Facilitar a realização de revisão fiscal circunscrita a um determinado período, sem o inconveniente de estender a repercussão do crédito indevido para outro período para o qual não havia documentação disponível ou inexistia necessidade de fiscalizar.