

## SUMÁRIO

1. Utilização Indevida de Benefício Fiscal Condicionado.
2. Fiscalização Referente ao Exercício de 2001. Evite a Decadência.
3. Procedimentos Quanto à Reatuação.

### 1 – Utilização Indevida de Benefício Fiscal Condicionado.

Há benefícios fiscais, tais como isenção, redução de base de cálculo, crédito outorgado, manutenção de crédito, que para serem usufruídos é exigido o cumprimento de determinadas prestações, positivas ou negativas, pelo sujeito passivo. Nessas situações, o direito de o contribuinte utilizar a exoneração tributária surge a partir do momento em que se cumpre a condição imposta. Temos verificado autos de infração que deveriam ser relativos à utilização irregular do benefício fiscal, entretanto, o agente do fisco, equivocadamente, lavra o auto de infração pelo descumprimento da condição que o contribuinte estava obrigado a realizar a fim de gozar do benefício fiscal. **Fri-se-se que o não atendimento das condições estabelecidas pela legislação tributária pertinente implica a perda do direito de usufruir o benefício fiscal. O descumprimento da condição nem sempre constitui infração. Quando se configura infração, normalmente é de natureza formal.**

Dentre esses benefícios, temos alguns em que a condição para sua utilização é que o contribuinte não

aproveite créditos relativos à entrada e ao serviço utilizado ou o aproveitamento de crédito seja até um determinado limite. Nessas situações, não ocorrendo o atendimento da condição, o Fisco deve exigir o crédito tributário relativo à utilização indevida do benefício fiscal. Não deve estornar o crédito que o contribuinte apropriou. O crédito, se atendidas as regras da legislação quanto ao aproveitamento, é legítimo, a utilização do benefício fiscal é que passou a ser irregular.

Mesmo não sendo benefício fiscal, cabe aqui ressaltar que crédito presumido tem tratamento completamente diferente de benefício condicionado, haja vista que o contribuinte ao se enquadrar e optar pela utilização do crédito presumido fica impedido de aproveitar qualquer outro tipo de crédito diferente do presumido. Nessa situação, se ocorrer registro de crédito diferente do presumido, a autuação deve ser dirigida em função dessa infração, não ocorre a perda do direito de utilizar o crédito presumido.

### 2 – Fiscalização Referente ao Exercício de 2001. Evite a Decadência.

É de conhecimento geral que a jurisprudência não pacificou o entendimento se o prazo decadencial para a efetivação do lançamento tributário é de cinco ou dez anos. Temos verificado decisões divergentes no STJ sobre esse assunto. O Conselho Administrativo Tributário - CAT não tem aceitado o prazo de dez anos. Diante disso, por medida de segurança, prudência, deve-se realizar todos os esforços no sentido de intimar o sujeito passivo do lançamento tributário dentro do prazo de cinco anos, contado o prazo inicial a partir do primeiro dia do exercício seguinte, nos termos do artigo 173, II, CTN.

Portanto, diante do risco de ocorrer a extinção do crédito tributário pela decadência, alertamos aos agentes do Fisco no sentido de se concluir as auditorias relativas ao exercício de 2001, com a indispensável intimação do sujeito passivo do resultado do lançamento tributário até o dia 31/12/06. Esse cuidado se faz necessário tendo em vista significativo número de autos de infração julgados improcedentes em decorrência da configuração da decadência do direito de efetuar o lançamento tributário.

Na hipótese da conclusão da auditoria efetivar-se no mês de dezembro/06, é fundamental conferir tratamento especial quanto à intimação do sujeito passivo. Normalmente a intimação é feita por Aviso de Recebimento - AR. Como dezembro é um mês atípico, com bastante movimento nos CORREIOS, ao simplesmente encaminhar os autos do processo ao NUPRE, corre-se o risco de que a intimação seja efetivada em janeiro ou fevereiro do ano seguinte. Portanto, deve-se contatar o Delegado para que ele, juntamente com o responsável pelo NUPRE, tome as medidas necessárias para efetivação da intimação dentro do prazo legal, afastando por completo o risco de ocorrer a decadência. Assim sendo, recomenda-se que a intimação de todos os autos de infração relativos ao exercício de 2001, encaminhados no NUPRE após o dia 10 dezembro sejam feitos por meio de ciência direta à parte.

Vale salientar que as diversas formas de intimação estão previstas na Lei nº 13.882/01, que dispõe sobre o Processo Administrativo Tributário:

Art. 15. A intimação far-se-á:

I - por carta registrada, com aviso de recepção;

II - por telefax, telex ou via eletrônica, com prova de expedição;

III - pela ciência direta à parte;

IV - pela tomada de conhecimento, no processo, de exigência de crédito tributário, de sentença ou de acórdão;

V – por edital, no caso do sujeito passivo não ser localizado no endereço declarado ou encontrar-se no exterior, sem mandatário ou preposto conhecido no País, observado o disposto no § 1º.

### 3 – Procedimentos Quanto à Reautuação.

Por determinação legal, esta gerência tem remetido processos declarados nulos pelo Conselho Administrativo Tributário – CAT aos respectivos órgãos de origem com sugestão de reautuação. Temos percebido, entretanto, que alguns autos de infração oriundos de reautuação ainda repetem as mesmas deficiências e vícios que deram origem a declaração de nulidade do procedimento fiscal anterior, conduzindo a nova declaração de nulidade ou até mesmo improcedência.

Portanto, orientamos no sentido de se constar expressamente no corpo do auto de infração o enunciado “Reautuação referente ao auto de infração nº ....., anulado por decisão do CAT, proferida em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_”, visando demarcar a nova data de início do prazo de decadência (art. 173, II, CTN). É importante anexar cópia da sentença ou acórdão que anulou o lançamento anterior, observando-se com atenção a natureza da nulidade ocorrida no processo, conforme fundamentação da decisão, a fim de que sejam produzidas as provas necessárias à eliminação daquele vício que gerou a referida nulidade. Deve-se atentar, também, para as demais orientações expedidas por esta Representação Fazendária e sopesar as alegações do sujeito passivo em sua peça de defesa, cujas informações podem contribuir na lavratura do novo auto de infração.

Importante ressaltar que, caso integre o bojo dos documentos enviados para fins de reautuação **peça processual necessária à comprovação da infração (controle paralelo, Termo de Apreensão, Termo de Liberação, documento fiscal inidôneo etc), deve-se desentranhar o respectivo documento original do processo capa branca e anexá-lo ao novo auto de infração. O Termo de Desentranhamento deverá conter, entre outros elementos, o número das páginas das peças retiradas e do novo auto de infração.**

Salientamos, ademais, que a reautuação é sugerida, em caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, quando há possibilidade de saneamento da irregularidade visando o refazimento do lançamento fiscal. O art. 19 da Lei nº 13.882/01 elenca as falhas que ensejam nulidade, a saber: incompetência funcional, erro na identificação do sujeito passivo, insegurança na determinação da infração ou cerceamento do direito de defesa.

Faz-se imprescindível especial atenção para os procedimentos a serem adotados em relação a essas nulidades:

**Incompetência funcional:** produzir todas as peças necessárias à sustentação da nova ação fiscal, excluindo os levantamentos e demonstrativos elaborados pelo agente considerado incompetente, posto que considerados nulos são inaproveitáveis;

**Erro na identificação do sujeito passivo:** proceder à autuação contra a pessoa que realmente possui vínculo com a infração, sendo permitido, neste caso, o aproveitamento dos elementos de prova que instruíam o processo anulado;

**Insegurança na determinação da infração:** aperfeiçoar ou complementar o levantamento, abstraindo dele os equívocos, contradições ou incongruências existentes, adequando o histórico do auto de infração de modo a que a acusação fiscal reflita efetivamente a irregularidade detectada.

**Cerceamento do direito de defesa:** via de regra, acarreta a nulidade parcial do processo, posto que atinge apenas os atos processuais praticados após àquele considerado nulo. Tais falhas são verificadas basicamente na formalização das intimações ao sujeito passivo e são corrigidas pelo próprio NUPRE.