

PROCESSO - A. I. Nº 232948.0309/08-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - N. RÉGIS TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0087-03/10
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 27/12/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0463-11/10

EMENTA: ICMS. DECISÃO QUE DESONEROU EM PARTE O SUJEITO PASSIVO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DAS PROVAS DOS FATOS QUE ENSEJARAM A REDUÇÃO DO VALOR LANÇADO. NULIDADE. É Nula a Decisão que reduz o valor lançado inicialmente sem que o sujeito passivo ou o autuante tenha apresentado as provas dos fatos que ensejaram a desoneração. Decretada a nulidade da Decisão recorrida. Retornam-se os autos à Primeira Instância para proferir novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0087-03/10) que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado para exigir do sujeito passivo o ICMS em decorrência das seguintes irregularidades:

1. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em virtude de ter optado pela utilização de crédito presumido em substituição aos créditos fiscais relativos às operações e prestações – crédito fiscal relativo a recolhimentos efetuados através de substituição tributária –, sendo glosado crédito no valor de R\$ 14.641,90, com multa de 60%;
2. falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS relativo a prestações de serviços de transporte devidamente escriturado nos livros fiscais próprios, sendo lançado imposto no valor de R\$ 44.380,76, com multa de 50%.

A Decisão submetida à revisão desta Câmara de Julgamento Fiscal estriba-se nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

“Com relação ao item 1º o tributo é indevido, já que o fiscal autuante expressamente assim o declarou.

O problema é quanto ao item 2º, haja vista a forma como foi prestada a informação pelo nobre autuante. Segundo o fiscal, o imposto fora recolhido através de parcelamento e denúncia espontânea, e cita o número da denúncia espontânea (6000000786074). Pelo número da denúncia, percebe-se que ela é de 2007, anterior portanto ao Auto de Infração. Ora, se “fora recolhido” mediante “denúncia espontânea”, então não haveria como manter-se o lançamento, no todo ou em parte.

Ocorre que o autuante, apesar de informar que o imposto “fora recolhido”, opinou para procedência parcial – sem, contudo, dizer qual seria o valor remanescente. Não elaborou nenhum demonstrativo.

Este processo foi posto em pauta suplementar desta Junta, no dia 24.3.2010, a fim de se analisar se deveria ser remetido em diligência para que o nobre autuante prestasse a informação conforme determina o § 6º do art. 127 do RPAF. Naquela oportunidade, constatou-se, pela análise dos autos e dos dados do sistema de informática da Fazenda, que o parcelamento apontado pelo autuante (Processo nº 600000.0786/07-4) não tem pertinência com o valor remanescente do item 2º deste Auto. O processo de parcelamento do valor reconhecido na defesa, com imposto no total de R\$22.088,51, é o de nº 857508-8 (fls. 79/81), e é posterior ao presente Auto de Infração. Por conseguinte, não se trata de denúncia “espontânea”, como supôs o nobre autuante, mas de parcelamento de valor autuado.

O débito do item 2º deverá ser refeito com base no demonstrativo à fl. 78, contribuinte à fl. 50, com o qual concordou o fiscal autuante (fl. 66).

Visando prevenir situações como esta, é de bom alvitre que, em casos futuros, o nobre autuante, ao prestar a informação, fundamente suas conclusões na forma prevista no § 6º do art. 127 do RPAF. Os valores remanescentes devem ser objeto de demonstrativos elaborados pelo próprio fiscal autuante, e não pelo contribuinte, pois quem tem competência para proceder ao lançamento tributário é a autoridade fiscal. O autuante tem compromisso com a estrita legalidade do lançamento até o fim.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já paga".

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, a 2ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

VOTO

Consoante dispõe o art. 28, §4º, do RPAF/99, o Auto de Infração deverá ser acompanhado de cópia dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, e dos demonstrativos, levantamentos elaborados pelo autuante, se houver, e das "**provas necessárias à demonstração do fato arguido**".

Mesma regra deve ser cumprida pelo fiscal autuante quando presta a sua informação fiscal. É dizer: o preposto fiscal deverá apresentar as provas em que lastreia o seu convencimento, caso essas provas não tenham sido trazidas aos autos pelo próprio contribuinte, na oportunidade de sua impugnação.

Esse entendimento estriba-se, basicamente, em três fundamentos: em primeiro lugar, os auditores fiscais não possuem fé pública, atributo conferido exclusivamente pela lei a alguns servidores públicos (oficiais de justiça, oficiais de serventias extrajudiciais, v.g.); além disso, o Auto de Infração, uma vez lavrado, possui presunção de legitimidade, o que significa que a sua desconstituição, ainda que parcial, deve estar embasada em provas concretas que demonstrem a ilegitimidade da exigência; e, por último, o autuante não é parte na lide administrativa, logo a sua anuência com a alegação defensiva não produz o efeito previsto no art. 140, do RPAF.

Sobre esse último ponto, aliás, a confissão tácita inserida na legislação tributária é de todo imprópria à seara do direito tributário, sobretudo no âmbito administrativo. A imposição tributária, como curial, assenta-se em primados de legalidade estrita e vinculação, não se podendo exigir tributo sobre fato gerador que não foi devidamente comprovado no lançamento de ofício, ainda que silente o contribuinte. De outra banda, o silêncio do autuante, por paridade e pela prevalência do interesse público sobre o particular, igualmente não pode gerar a confissão ficta trazida no normativo em análise.

Pois bem. Fixada essa premissa – de que a informação fiscal, assim como o Auto de Infração, deve vir acompanhada das provas necessárias à demonstração do fato arguido –, importa-nos investigar, se no presente feito, tal regramento foi respeitado.

Na Defesa ofertada pelo sujeito passivo (fls. 47/49), foi alegado, quanto à infração 1, que os valores apurados pela autoridade autuante decorreram de erro na escrituração dos livros fiscais, tendo sido registradas como tributadas operações sujeitas ao regime da substituição tributária, calculando o ICMS supostamente devido, quando, na verdade, essas operações deveriam ter sido escrituradas como tributadas na fonte. Disse o sujeito passivo que, com esse procedimento, o contador anterior calculava o ICMS como normal, creditando-se do ICMS pago pela substituição e que tal equívoco somente foi constatado quando da contratação de novo contador, quando foi feita a escrituração fiscal. Contudo, na ação fiscal que deu origem à autuação, foram entregues os livros antigos.

À defesa, não foram acostados documentos comprobatórios das alegações do sujeito passivo, especialmente dos "**novos livros**" escriturados com a finalidade de corrigir o equívoco que teria sido praticado pelo antigo contador.

Na informação fiscal de fl. 66, o autuante afirmou que o sujeito passivo apresentou documentos fiscais, a partir dos quais teria ficado confirmada

defensiva, uma vez que os valores cobrados foram indevidamente incluídos como Substituição Tributária no livro Registro de Apuração ICMS.

Ora, como o sujeito passivo esqueceu-se do cumprimento do ônus de apresentar as provas nas quais embasa a sua tese defensiva, cabia ao autuante trazê-las aos autos, já que a elas teve acesso, como deixou claro na sua informação fiscal. A omissão quanto à apresentação das provas impede este Conselho de exercer o seu dever de verificar a veracidade da alegação de erro na escrituração do contribuinte, contaminando de nulidade o presente processo administrativo fiscal, pois cabia à Junta converter o feito em diligência para que fossem apresentadas as provas necessárias à exclusão parcial do lançamento, já que se trata de uma nulidade sanável, nos termos do §1º, do art. 18, do RPAF.

No que concerne à infração 2, equívoco semelhante é verificado, porquanto o julgador concordou com o demonstrativo de fl. 50, elaborado pelo sujeito passivo, sem, contudo, dar as razões que fundamentam o seu convencimento.

Nesse contexto, tenho que a Decisão submetida à revisão desta Câmara é nula, devendo os autos retornar à primeira instância administrativa, para realização de diligência com o objetivo de que sejam apresentadas as provas que embasam as exclusões confirmadas pelo autuante.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para decretar a nulidade da Decisão recorrida e determinar o retorno dos autos à Primeira Instância, para os fins consignados no presente voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 232948.0309/08-4, lavrado contra **N. RÉGIS TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância, para realização de diligência e, posteriormente, novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS