



ESTADO DE RORAIMA
"AMAZÔNIA: PATRIMÔNIO DOS BRASILEIROS"

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS
JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
Decisão N.º 171/2015**

PROCESSO N.º: 022101.007231/15-71

AI N.º: 000659/2015

AUTUADO: EDMILSON JOSE DA SILVA

C.G.F: 24.000620-6

ENDEREÇO:, Rua Cecília Brasil, N.º 128 – Centro – Boa Vista–RR.

FISCAL AUTUANTE: Ozéas C. Colares Júnior.

EMENTA: ICMS – FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NÃO RETIDO NAS ENTRADAS E NÃO DECLARADO – CAPITULAÇÃO EQUIVOCADA DA INFRAÇÃO – DILIGÊNCIA FISCAL IMPROFÍCUA – CERCEAMENTO DE DEFESA – INDICADOS OS DISPOSITIVOS INFRINGIDOS QUE NÃO CORRESPONDEM AOS FATOS – REVELIA – AÇÃO FISCAL DECLARADA NULA – AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

RELATÓRIO

Refere-se a lançamento oficial sobre a exigência no importe de R\$ 329.110,46 (trezentos e vinte e nove mil, cento e dez Reais e quarenta e seis centavos), lançado por meio do **Auto de Infração N.º 000659/2013, lavrado em 27/04/2015**, a título de ICMS, multa e juros, em decorrência da falta de pagamento do ICMS Substituição Tributária nas entradas, na condição de substituto tributário, não retido e não declarado em GIM e/ou GIAM.

Foram indicados como dispositivos infringidos os artigos 734 e 735, do Regulamento do ICMS de Roraima, aprovado pelo Decreto 4.335-E/2001. Aplicada a penalidade prevista no artigo 69, inciso I, alínea "b", da Lei N.º 059/93, multa de 100% (cem por cento) sobre o valor do imposto.

O Autuado não apresentou impugnação e nem recolheu a importância exigida, notificado por Edital, (fls. 12), razão pela qual foi declarada a revelia, conforme termo lavrado às folhas 14, em cumprimento ao estabelecido no artigo 80, do Decreto N.º 856/94.

O Julgador de Primeira Instância, solicitou diligência em 02/10/2015, para que fosse anexada aos autos as provas da falta de retenção do imposto, por ação ou omissão do sujeito passivo, bem como, para que fosse assinado pela autoridade fiscal o referido Auto de Infração; ou se fosse o caso, proceder a retificação do Auto de Infração; e ou ainda, outras providências julgadas necessárias (fls. 18-19), foi expedida Ordem de Serviço N.º 002198/2015, para atendimento da solicitação (fls. 20).



ESTADO DE RORAIMA
"AMAZÔNIA: PATRIMÔNIO DOS BRASILEIROS"

Decisão N.º 171/2015.

Diligência não saneadora, não sendo retificada a capitulação, nem tampouco, indicado qual o dispositivo legal foi infringido de fato (fls. 21).

Em síntese, é o relatório.

FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Examinando-se as peças que compõem o presente processo constata-se que a irregularidade denunciada no Auto de Infração não está capitulada corretamente. Conforme relatório acima, a acusação oficial é a falta de pagamento do ICMS Substituição Tributária nas entradas, na condição de substituto tributário, não retido e não declarado em GIM e/ou GIAM.

Os artigos apontados como infringidos, quais sejam, o 734 e o 735, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto N.º 4.335-E/2001, são bem genéricos, nas previsões das obrigações dos contribuintes, nos quais, são previstas uma variedade de obrigações e prazos, em diversas situações relacionadas a substituição tributária, senão vejamos a transcrição dos dispositivos:

Art. 734. O imposto retido pelo contribuinte substituto deverá ser recolhido nas formas seguintes:

I – nas operações internas, através de DARE em Agência de banco autorizado neste Estado;

II – nas operações interestaduais, por meio de GNRE, em agência de banco oficial da unidade federada destinatária, ou na sua falta, em agência de qualquer banco oficial signatário do Convênio patrocinado pela Associação Brasileira dos Bancos Comerciais Estaduais – ASBACE, localizada na praça do estabelecimento remetente, em conta especial, a crédito do Governo em cujo território se encontre estabelecido o adquirente das mercadorias, ou, ainda, na falta deste, em agência de banco credenciado pela unidade federada interessada.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II, os bancos deverão repassar os valores arrecadados, na forma estabelecida em convênio específico, desde que os recursos estejam disponíveis ao Estado beneficiário até o terceiro dia útil após o efetivo recolhimento.

Art. 735. O imposto devido por substituição tributária será recolhido nos seguintes prazos:

I – nas operações internas, salvo disposição em contrário, até o décimo dia do mês subsequente ao da entrada da mercadoria;



ESTADO DE RORAIMA
"AMAZÔNIA: PATRIMÔNIO DOS BRASILEIROS"

Decisão N.º 171/2015.

II – nas operações internas e interestaduais objeto de Convênio ou Protocolo, até o décimo dia do mês subsequente ao da saída da mercadoria ou em prazo específico fixado nos respectivos instrumentos;

§ 1º. Na entrada de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, sem que haja sido feita a retenção do imposto pelo estabelecimento remetente, caberá ao destinatário o pagamento do imposto devido, por ocasião da passagem pelo primeiro posto fiscal de entrada neste Estado.

§ 2º. Excepcionalmente, na hipótese do parágrafo anterior, mediante requerimento do contribuinte ou responsável, a Secretaria de Estado da Fazenda poderá autorizar o recolhimento do imposto na rede arrecadadora do seu domicílio, através de documento de arrecadação, até o 10º (décimo) dia após o mês em que ocorrer a entrada neste Estado.

§ 3º. Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, o ICMS incidente nas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I – da entrada da mercadoria no estabelecimento ou do recebimento do serviço;

II – da saída subsequente por ele promovida, ainda que isenta ou não tributada;

III – ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do ICMS.

§ 5º Nas hipóteses do § 1º deste artigo e § 2º, do art. 736, na impossibilidade de recolhimento do imposto no posto de fiscalização, será emitido Documento de Arrecadação de Receitas Estaduais – DARE para recolhimento no primeiro dia útil subsequente, vedado nova dilatação do prazo aos contribuintes com ele inadimplente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior, aplica-se ainda, nas hipóteses previstas no inciso I do artigo 611 e inciso II do artigo 618 deste regulamento.

Pois bem, não foi indicado qual o dispositivo **especificamente foi infringido pelo sujeito passivo**, pois, no campo "**Complemento**" do Auto de Infração em tela, no qual deveria ser especificada e complementada a infração ou a situação específica, não está preenchido.

Não bastasse isso, o mais conflitante é que foi apontada, inequivocamente, como infração a constante do artigo 69, inciso I, alínea "b", da Lei N.º 059/93, tendo em vista que tal dispositivo prevê a infração e a penalidade a ser aplicada.

A qual é uma infração típica de contribuinte remetente de mercadorias, ou seja, contribuinte que dá a saída de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária; e ao que nos parece não é o caso, pois o sujeito passivo em epígrafe, a nosso ver, adquiriu mercadorias sujeitas a este regime de tributação, por conseguinte não deveria, nem poderia **DEIXAR DE RETER O IMPOSTO, POR AÇÃO OU OMISSÃO**, transcreve-se o citado dispositivo:



ESTADO DE RORAIMA
"AMAZÔNIA: PATRIMÔNIO DOS BRASILEIROS"

Decisão N.º 171/2015.

Art. 69. O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do ICMS, sujeita o infrator às seguintes penalidades:

I - infrações relativas ao recolhimento do imposto:

[...]

b) **deixar de reter o imposto nas hipóteses de substituição tributária previstas na legislação** - multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto não retido; (Grifos nosso)

A suposta infração, não poderia ser imputada ao destinatário de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, bem como, a multa a ser aplicada não poderia ser aquela capitulada no auto de infração, qual seja DEIXAR DE RETER O IMPOSTO.

Sendo assim, nos resta o entendimento de que, o dispositivo infringido é outro, caso fosse o dispositivo apontado, fatalmente o auto de infração em epigrafe, seria IMPROCEDENTE, por falta de provas da falta de retenção do imposto por ação ou omissão do sujeito passivo, senão vejamos, o que declara o fiscal autuante no Termo de Ocorrência (fls. 21), transcreve-se:

O auto de infração 659/2015 refere-se à regularização das omissões do DSOTE.

Conforme se observa a fl. 07 nos débitos constantes no DSOTE existem os códigos de receita 4045 e 4025.

Para os débitos constantes no DSOTE com o código 4025 foi lavrado o auto de infração 659/2015 cujo código é 1188 – falta de pagamento de ICMS-ST.

Prejudicada a ação fiscal, por falta de objetividade, clareza e correção na descrição da infração e na indicação dos dispositivos infringidos, o que resultou no lançamento do crédito tributário insubsistente, dúbio e que não reflete a realidade dos fatos. Não trazendo a ação fiscal a segurança e a certeza necessária para a manutenção da cobrança pretendida.

Por conseguinte, fica evidenciado que a ação fiscal padece de vício que enseja a nulidade, tendo em vista a flagrante afronta ao princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, prescritos nos incisos LIV e LV do artigo 5.º da Constituição Federal, devido ao equívoco na capitulação da infração, não apontando claramente e com a robustez necessária, qual foi a infração cometida pelo sujeito passivo, impossibilitando a sua defesa.



ESTADO DE RORAIMA
"AMAZÔNIA: PATRIMÔNIO DOS BRASILEIROS"

Decisão N.º 171/2015.

CONCLUSÃO

Portanto, tendo em vista o equívoco na capitulação e a flagrante preterição do direito de defesa, por falta de clareza e certeza na indicação da infração. De acordo com o *caput* do artigo 41 da Lei N.º 72/94 e incisos II e IV do artigo 54 Decreto N.º 856/94, *ex officio*, declaro nula a ação fiscal.

DECISÃO

Com base nas considerações expostas nas fundamentações de fato e de direito, **julgo NULO o Auto de Infração N.º 000659/2015**, por vício insanável pela capitulação equivocada da infração. Decidindo pela exclusão da cobrança lançada por meio do referido auto de infração. Fica ressalvado o direito do Fisco a uma nova ação fiscal, desde que elaborada sem os vícios de que padece a presente.

RECURSO DE OFÍCIO

Em atenção ao disposto nos artigos 54, §1º e 63 da Lei N.º 72 de 30 de Junho de 1994, e nos termos do artigo 89, inciso I e § 1º, do § 6º do artigo 87, ambos do Decreto N.º 856, de 10 de Novembro de 1994, interponho recurso de ofício ao Egrégio Conselho de Recursos Fiscais.

NOTIFICAÇÃO

Notifique-se o contribuinte autuado nos termos do artigo 54, § 1º da Lei N.º 72, de 30 de Junho de 1994, combinado com o artigo 89, § 3º, e na forma do artigo 87, § 5º, ambos do Decreto N.º 856, de 10 de Novembro de 1994, entregando-lhe cópia da presente decisão para conhecimento.

Boa Vista – RR, 10 de Dezembro de 2015.

Rosano Silva dos Santos
Julgador de Primeira Instância.
Mat. 051235026.