

A. I. Nº - 281401.0117/19-0
AUTUADO - NIKE DO BRASIL COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - LÍDIO CELESTINO CONCEIÇÃO
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26/12/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0196-03/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Apuração realizada por exercício, sem previsão legal, em detrimento da apuração por período mensal ensejado insegurança do *quantum debeatur*. Recomenda a autoridade competente que, observado o prazo decadencial, analise a possibilidade de renovação dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21, do RPAF-BA/99. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 10/12/2019, exige crédito tributário no valor de R\$179.474,36, acrescido da multa de 60% em razão da **Infração 01**. 07.01.02 - recolhimento a menos de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses dezembro de 2014 e dezembro 2015. Demonstrativos às fls. 06 a 45 e CD à fl. 84.

O Autuado impugna o lançamento às fls. 110 a 124. Observa a tempestividade da Defesa, reproduz a infração que lhe foi imputada e articula suas razões de defesa na forma a seguir resumida.

Destaca que por meio do Termo de início de Fiscalização, a Autoridade Fiscal iniciou o procedimento de fiscalização que antecedeu a lavratura do presente auto de infração, lhe intimando uma única vez a apresentar documentos e arquivos magnéticos.

Frisa que após a análise dos livros e documentos fiscais apresentados, a Fiscalização concluiu pela existência de irregularidades que culminaram na alegação de recolhimento insuficiente do imposto, no curso dos anos-calendário de 2014 a 2015.

Afirma não haver que se falar em imposto recolhido a menos, conforme se fará documentalmente comprovado, conclusão esta que, por consequência, implicará necessário reconhecimento da total improcedência da pretensão fiscal consubstanciada nestes autos e, por consequência, seu integral cancelamento.

Relata que, antes da lavratura do Auto de Infração a Autoridade Fiscal iniciou o processo de fiscalização em 07/10/2019, fls. 04 e 05, solicitando a apresentação de Livros de Registros de Entradas, Saídas, Apurações, Inventários e Ocorrências, além de notas fiscais de entradas e saídas e DAES relacionados ao período de 2014 a 2018 no prazo de 48 horas, fl. 05.

Afirma que após a emissão da referida intimação fiscal nenhum outro documento ou informação lhe restou formalmente solicitado. Ao contrário, contudo, a Autoridade Fiscal efetuou diversas solicitações via contato telefônico e via e-mail, contatos estes que, em momento algum, foram anexados ao processo de fiscalização e ao presente Auto de Infração e tampouco mencionados pelo Autuante claramente deixando de observar o quanto expressamente determina o inciso I, do §4º, do art. 28, do RPAF-BA/99, cujo teor reproduz.

Observa que, compulsando a cópia integral do Auto de Infração – *cópia esta que, registre-se aqui, foram colocados inúmeros empecilhos burocráticos para acesso por parte da Impugnante*

– observa-se que todo o trabalho de fiscalização se resumiu a exclusivamente a duas únicas páginas, fls. 04 e 05, sendo evidente a violação expressa ao quanto prescreve o dispositivo legal supra citado. Sustenta que julgar de forma diversa é, evidentemente, declarar morta a referida letra da lei.

Assinala que, com a ausência da juntada de todos os termos, documentos e esclarecimentos a estes autos ocorrera prejuízo de se sua defesa na medida em que todas as operações autuadas nestes autos, haja vista que todas as operações autuadas foram devidamente esclarecidas no curso da fiscalização e, houvessem sido juntados os incontáveis esclarecimentos e documentos que apresentou à fiscalização, por certo não estaria agora na obrigação de se defender.

Registra que a alegação de cerceamento de direito de defesa deve tomar em conta o tempo que despendeu para atender tempestiva e corretamente inúmeros pedidos de documentos e esclarecimentos de uma fiscalização e, posteriormente, tais esclarecimentos serem sumariamente ignorados, como se nunca tivessem sido prestados – *vez que sequer anexados ao processo de fiscalização* - para constar uma autuação sem qualquer fundamentação, limitada à cálculos em planilhas e referência à dispositivos legais.

Revela que, exatamente neste sentido, diz que esse CONSEF tem se posicionado, citando como exemplo os Acórdãos JJF Nº 0172-05/08, CJF Nº 0081-12/04, e JJF Nº 0172-05/08, cujas ementas transcreveu.

Afirma que a total ausência dos documentos que embasaram a fiscalização é causa que macula de nulidade toda a autuação por cercear seu direito de defesa que se vê impedido de acessar os documentos que serviram de fundamento para a lavratura do auto de infração e entender - *para defender-se* - a justificativa ou fundamento da Autoridade Fiscal em rechaçar seus esclarecimentos.

Frisa que a Autoridade Fiscal deixou de cumprir formalidade e requisito legal indispensável à efetiva validade do processo de fiscalização e também da lavratura do auto de infração, nos termos quanto prescrevem o art. 28, do RPAF-BA/99, deixando de observar as “*rotinas administrativas que buscam a correção da atividade fiscalizadora*”, conforme já decidiu este próprio Conselho na decisão acima transcrita.

Sustenta ser dever da Autoridade Fiscal disponibilizar todo o procedimento fiscal que antecedeu a lavratura do auto de infração e que o fundamenta, em obediência aos princípios da oficialidade, legalidade, verdade material e garantia da ampla defesa, previstos no RPAF-BA/99.

Revela que em situações semelhantes este Conselho Administrativo já decidiu pela nulidade de autuações que cerceiam o direito de defesa de contribuintes no Acórdão JJF Nº 0121-06/19 no Acórdão CJF Nº 0199-12/18. Prossegue frisando que este Conselho coíbe a prática de atos que possam, de algum modo, cercear o direito de defesa do contribuinte e, no caso destes autos ao deixar de apresentar os documentos e provas que fundamentam o auto de infração, a Autoridade Fiscal também impede a ideal defesa do contribuinte.

Assevera não haver dúvidas que ao deixar de instruir o auto de infração com todo o conteúdo do processo de fiscalização a Autoridade Fiscal cerceou seu direito de defesa. Observa que buscando o significado da palavra “cerceamento” encontra-se o “ato ou o efeito de cercear” e cercear significa restringir, coatar.

Explica que para incidir tal princípio sobre determinada situação de fato, não é preciso que ocorra supressão do direito de defesa, mas basta que exista uma restrição a esse direito. Ou seja, se o ato administrativo praticado pelo Fisco diminuir ou reduzir a oportunidade de defesa, já será passível de ser anulado.

Lembra que o inciso LV, da CF/88 assegura, a todos os litigantes, garantias ao contraditório e à ampla defesa.

Observa que o contraditório se refere ao direito que o interessado possui de tomar conhecimento das alegações da parte contrária e contra eles poder se contrapor, podendo, assim, influenciar no convencimento do julgador. Acrescenta destacando que ampla defesa, por outro lado, confere ao cidadão o direito de que se alega, podendo se valer de todos os meios e recursos juridicamente válidos, vedando, por conseguinte, o cerceamento do direito de defesa.

Para corroborar esse seu entendimento sobre o tema reproduz ensinamento da doutrina pátria da lavra do prof. Eugênio Pacelli Oliveira, para assinalar que princípios do contraditório e ampla defesa são aqueles que garantem as partes a possibilidade de oferecer argumentos em seu favor e de demonstrá-los em sua defesa. Diz restar claro, no caso dos presentes autos, que estes princípios restaram violados, diante da ausência do processo de fiscalização que acaba por cercear seu direito de se defender.

Remata assinalando que, tendo em vista as inúmeras exigências abordadas no presente Auto de Infração e a ausência do processo prévio de fiscalização, é certo que deverá ser considerado nulo por cercear seu direito de defesa.

Revela que, em consonância ao quanto expressamente constou do Auto de Infração aqui combatido, o período fiscalizado nestes autos compreendeu o período de 01/01/2014 até 31/12/2018, sendo que, ao concluir o processo de fiscalização, o Autuante apurou supostas irregularidades, relacionadas ao pagamento a menos do imposto durante o exercício de 2014, constituindo, ao final, cobrança que recaiu sobre a totalidade daquele ano calendário.

Diz que, levando em conta o fato de que o presente Auto de Infração foi lavrado apenas em 10/12/2019, e restou regularmente intimada apenas em 18/12/2019, certo é que o direito da Autoridade Fiscal em constituir suposto crédito tributário estaria limitado apenas e tão-somente à fatos geradores ocorridos posteriormente à 18/12/2014, restando por lei decaída do direito de exigir qualquer valor eventualmente identificado anteriormente à referida data.

Sustenta que os períodos que antecederam à 18/12/2014 definitivamente foram atingidos pela decadência do direito deste Fisco Estadual, nos moldes quanto estabelece o art. 150, §4º, do CTN.

Destaca que, em consonância ao quanto inquestionável, o ICMS encerra espécie de tributo que se sujeita à regra do lançamento por homologação descrita no art. 150, *caput*, do CTN, vez o sujeito passivo além de apurar o valor devido, recolhe referido montante e declara à Autoridade Fiscal competente.

Frisa que a Autoridade Fiscal, uma vez de posse das informações prestada pelo sujeito passivo, pode seguir por caminhos distintos, a depender do cenário observado: *i)* - na hipótese de constatada a ausência de pagamento integral do valor declarado pelo contribuinte, considera o Fisco definitivamente constituído o crédito tributário, quando do envio da declaração, servindo esta última como instrumento hábil para a inscrição em dívida ativa e a posterior execução judicial do montante não recolhido aos cofres públicos, ou; *ii)* - caso observe algum equívoco na apuração e declaração do tributo, possui o dever de efetuar o lançamento complementar para a cobrança da diferença e/ou da penalidade cabível, observando para tanto o prazo decadencial de cinco anos contados a partir da ocorrência dos fatos geradores, previsto no §4º, do art. 150, do CTN.

Afirma que nesse ponto que o Autuante nestes autos falhou, posto que, com relação aos fatos geradores efetivamente declarados pela Impugnante e anteriores à 18/12/2014 deixou transcorrer o prazo quinquenal previsto na legislação em referência, o que implica reconhecer a decadência de seu direito à constituição do crédito tributário relativos a esse período.

Observa que nem se poderia alegar que o art. 150, do CTN não teria aplicação nestes autos, isso porque a autuação aqui combatida trata exatamente do recolhimento a menos do imposto, ou seja, a Autoridade Fiscal apurou o recolhimento do ICMS por antecipação, mas em valor supostamente menor que o devido, e, portanto, perfeitamente aplicável o quanto disposto no art. 150, §4º, do CTN.

Assinala ser esse o reiterado entendimento já pacificado por esse CONSEF, conforme se faz possível observar na transcrição das ementas dos Acórdãos que enumera: JJF Nº 0129-04/17, JJF Nº 0008-05/17, JJF Nº 0232-02/16 e CJF Nº 0353-12/17.

Observa que caminha em idêntico sentido, ademais, o posicionamento dos Tribunais Superiores, em especial do C. Superior Tribunal de Justiça no AgInt no AREsp 1425553/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019.

Destaca que, sendo assim, a decadência de o direito deste Fisco baiano em constituir o suposto débito de ICMS devido durante o ano de 2014, justamente por se tratar de tributo sujeito ao lançamento por homologação, inicia-se quando do envio da ciência da apuração declarada pelo Contribuinte, posto que deve ser obedecida a regra prevista na primeira parte do §4º, do art. 150, do CTN, segundo a qual se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

Ressalta que, em que pese a Autoridade Fiscal indicar, tão-somente, o período de dezembro de 2014 como aquele objeto da autuação, não é isso que se constata ao consultar a planilha de cálculo que acompanhou o auto de infração. Diz que naquela planilha resta claro que a Autoridade Fiscal relacionou toda a apuração do ICMS antecipação durante todo o ano de 2014 (janeiro a dezembro) para ao final comparar com o quanto foi efetivamente recolhido, concluindo pela existência de valores recolhidos a menos, durante todo aquele ano calendário e não apenas para o mês de dezembro/2014, como fez parecer no Auto de Infração.

Diz restar evidente que a Autoridade Fiscal já havia identificado a decadência de praticamente a totalidade do período de 2014, mas tentou mascarar tal constatação ao indicar, tão-somente, o mês de dezembro de 2014 ao lavrar o Auto de Infração. Afirma que tal manobra cai por terra ao se verificar que a Autoridade Fiscal exige apenas para o mês de dezembro de 2014 o imposto supostamente recolhido a menos apurado durante todo aquele ano.

Arremata destacando que, tendo a Autoridade Fiscal exigido nestes autos valores decorrentes da apuração de ICMS do ano de 2014, e sendo certo que apenas o período posterior à 18/12/2014 é que poderia ser objeto da autuação, estar-se, por certo, diante da necessidade de cancelamento de cerca de 97% da autuação em decorrência da evidente constatação da decadência do direito deste Fisco em constituí-los, nos termos quanto expressamente prescreve o art. 150, § 4º, do CTN, e conforme reiteradamente já confirmado por este CONSEF.

Ao tratar do mérito da autuação destaca que, por meio do presente Auto de Infração a Autoridade Fiscal lhe exige a diferença de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição em operações realizadas durante os anos de 2014 e 2015.

Assinala que para a Autoridade Fiscal, teria recolhido a menos o imposto nas operações listadas durante os anos de 2014 e 2015 e que acompanharam a presente autuação.

Afirma não ter razão a pretensão fiscal, tendo em vista que recolheu integralmente o imposto devido em cada uma das operações por ora autuadas, conforme comprovantes de recolhimento que se apresenta nesta defesa, fls. 149 a 194.

Reafirma que o período de janeiro a 18 de dezembro de 2014 foi atingido pela decadência e merece ser excluído da presente autuação. Assevera a existência de pagamentos para o período de dezembro de 2014 a dezembro de 2015, e que ensejam, ao menos, a diminuição do valor lançado e exigido nestes autos. Para tanto, apresenta a relação de pagamentos que realizou neste período em confronto com o quanto resta exigido por esta Secretaria de Fazenda, consoante tabela que colaciona à fl. 122.

Frisa que, a Autoridade Fiscal lhe exige a diferença de recolhimento do ICMS devido por antecipação incidente em 13 períodos de apuração e o que constatou é que em 8 períodos recolheu valor a mais que o efetivamente devido a este Estado. E, tão-somente, para 5 desses

meses é que incorreu em equívoco ao promover o recolhimento a menos do imposto, e em alguns meses em patamares irrisórios, inferiores a R\$2,00.

Sustenta não estar buscando afastar a exigência do imposto apurado pela Autoridade Fiscal, mas sim que o imposto apurado como devido seja corretamente aplicado, impedindo assim cobranças exageradas e desproporcionais que somente acarretam o enriquecimento ilícito deste Estado.

Observa que, além do mais, o art. 38, do RPAF-BA/99 expressa e claramente afasta a lavratura de autos de infração cujos valores são inferiores a R\$10.000,00. Por isso, diz concluir da análise deste Auto de Infração que, caso a Autoridade Fiscal tivesse apurado corretamente o valor que imputa devido, sequer poderia ter lavrado a autuação aqui combatida, visto que em valor em muito inferior a R\$10.000,00.

Ressalta que sua pretensão nestes autos é que seja recalculada a diferença entre os valores que efetivamente recolheu e os imputados como devidos pela Autoridade Fiscal, para que o auto de infração seja cancelado, por exigir valor inferior a R\$10.000,00.

Registra o seu interesse em realizar sustentação oral, quando da indicação do processo em pauta de julgamento.

Conclui requerendo seja conhecida a impugnação ora apresentada para:

- i) reconhecer a nulidade da autuação por cerceamento de sua defesa por não incluir nestes autos o processo de fiscalização que antecedeu a lavratura do presente Auto de Infração;
- ii) reconhecer e declarar a decadência do período de janeiro a 18 de dezembro de 2014, extinguindo essa parcela do auto de infração, nos termos do art. 156, inciso V do Código Tributário Nacional;
- iii) recalcular a diferença entre os valores efetivamente recolhidos a título de ICMS por antecipação e os valores devidos a esta Secretaria de Fazenda, para então cancelar a autuação aqui exigida por se tratar de exigência inferior a R\$10.000,00.

O Autuante presta informação fiscal fls. 197 a 200.

Inicialmente destaca que, como pleito preliminar, pede, o Impugnante, de antemão, a nulidade da autuação, em razão de, conforme alega, não ter sido intimado por escrito em cada etapa desta fiscalização, como gostaria de ter ocorrido, o que, no seu ponto de vista, invalida a presente ação fiscal e, por consequência, toda essa cobrança dela decorrente.

Informa que à fl. 05, encontra-se devidamente anexado a este processo, o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, que foi assinado, pelo representante do autuado, em 07/10/2019, data da ciência na qual se tem estabelecido, oficialmente, como marco inicial dos trabalhos de fiscalização. Destaca que nesta oportunidade, fora solicitado do Autuado a disponibilização de toda documentação necessária para o desenvolvimento regular da presente auditoria, tendo sido, para essa providência, dado o prazo legal obrigatório, com boa margem de tolerância, o que demonstra total conformidade com a legislação tributária vigente, em contraposição ao que foi alegado em sua razão de defesa, aqui interposta.

Menciona que, durante a ação fiscal, várias foram as oportunidades de trocas de informações e esclarecimentos que ocorreram não só na inspetoria, mas também nos diversos contatos telefônicos mantidos com os representantes do Autuado, que, a cada intimação, demonstraram boa vontade para atender ao que fora solicitado, sendo exatamente por intermédio destes contatos frequentes, é que ficaram esclarecidos os diversos pontos de dúvidas surgidas quanto à atividade e o funcionamento da empresa e que, do ponto de vista gerencial, em razão da contabilidade da rede se efetivar de modo centralizado na matriz, que se encontra localizada em São Paulo. Destaca que havia certa dificuldade para a obtenção de determinadas respostas relativas à algumas das demandas surgidas ao longo desta fiscalização, dificuldades essas que eram justificadas na ocasião pela falta de pessoal, na medida em que alguns dos responsáveis pela escrituração da rede à época não estavam mais fazendo parte do quadro de empregados da

empresa, por terem dela se desligado, anteriormente. Frisa serem essas as justificativas apresentadas, pela matriz, naquela primeira fase de trabalho.

Quanto ao pedido inicial de Nulidade, propriamente dito, assinala que, além da intimação regular, na qual se tem demarcado o início dos trabalhos de auditoria, o Auto de Infração foi lavrado com a indicação de todos os seus elementos constitutivos definidos pela legislação, como menção ao sujeito ativo, descrição específica dos fatos, demonstrativo de débito, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito e dispositivos infringidos. Prossegue acrescentando que o PAF vem se desenvolvendo dentro do devido processo legal, que significa dizer, em conformidade com o princípio da ampla defesa e do contraditório, já que o contribuinte entendeu e se defendeu do que lhe está sendo cobrado, o que demonstra claramente não existir quaisquer falhas formais que inquinem o procedimento fiscal de nulidade nos termos do art. 18, do RPAF-BA/99. Destaca que, neste mesmo sentido, já se posicionou a 4ª JJF do CONSEF, com a decisão proferida através do Acórdão JJF nº 0293-04/11.

Frisa ainda, como pleito preliminar, declara que também, o Impugnante, relativamente à parte desse débito, o reconhecimento da homologação tácita por parte do Estado, considerando, ele, que, por ter tomado ciência desta autuação em 18/12/2019, os fatos geradores ocorridos antes de 18/12/2014 estariam livres de quaisquer cobranças, em razão de, no seu ponto de vista, já se ter operado os efeitos da chamada decadência, já que se tem, nesse caso, para essas operações, especificamente, mais de cinco anos de ocorridos.

Registra que no que se refere à prazos relacionados à decadência, a Lei de nº. 5.172/66, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, estabelece, com muita clareza e em total harmonia com a nossa Carta Magna, o seguinte:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tomar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Relativamente a esse tema, menciona que já existe como decisão no CONSEF o Acórdão JJF nº. 0033-02/10, que tem como base o art. 173, inciso do CTN. Afirma que nela, fica claro que o entendimento deste conselho é de que a regra geral em matéria de decadência no que toca ao ICMS é de que o fisco tem 05 anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício. Assevera que, a perda do direito do Estado de efetuar a cobrança dos créditos tributários originados de operações realizadas entre o período de 01/01/2014 até 31/12/2014, como é o caso, só veio ocorrer a partir de 01/01/2020, data posterior, como se percebe, a da ciência desta autuação, que se deu pelo autuado em 18/12/2019.

Diz acrescentar, como reforço, a Súmula 555, do STJ, de dezembro de 2015, cuja decisão está totalmente alinhada com a presente imposição do fisco, o que, por si só, reafirma a condição de estar essa infração forçosamente submetida ao prazo decadencial estabelecido no art. 173, inciso I, do CTN, supracitado.

No que diz respeito ao mérito da autuação, revela que de maneira bem objetiva, pede, a defesa, o cancelamento desta citada cobrança, alegando, tão-somente, que todo o imposto relacionado à substituição tributária foi recolhido, tempestivamente, quando da aquisição das correspondentes mercadorias, e, como comprovação, anexa, a este processo, diversas cópias dos DAES respectivos, para dar sustentação ao que alega.

Observa que numa avaliação prévia, verifica-se que, para o devido esclarecimento, a apresentação, apenas, destes citados comprovantes, nada vem a acrescentar à presente discussão, na medida em que todas essas informações, neles contidas, relativas aos recolhimentos efetuados encontram-se devidamente armazenadas nos sistemas desta secretaria, material, inclusive, que serviu de base para o levantamento ora questionado, em que, do montante do ICMS apurado como devido, foi abatido o total do imposto efetivamente recolhido pela empresa, dados extraídos dos registros cadastrais de arrecadação, restando assim a diferença a ser recolhida, conforme se verifica nos demonstrativos às fls. 06 a 45.

Menciona ainda que, durante a ação fiscal, visando o devido o confronto de dados, foi solicitado do autuado a apresentação de um demonstrativo, contendo uma memória de cálculo, por nota fiscal de compra, com o detalhamento necessário, relativamente aos valores de imposto apurados e recolhidos pela empresa em cada período mensal, solicitação, essa, que não foi atendida, na ocasião, o que resultou nesta cobrança, ora contestada e que, nesse momento de reavaliação do trabalho realizado, seria, também, de grande valia, mas, mantendo a mesma postura de antes, até aqui, nada, nesse sentido, foi disponibilizado, o que deixa, a presente impugnação, sem a consistência que se faz necessária.

Assinala que, por conta disto, por não ter havido qualquer avanço, à título de maiores esclarecimentos, não há como se acolher essa argumentação defensiva aqui apresentada, razão pela qual, este item do lançamento, no seu entender, deve permanecer com o mesmo valor original de R\$179.474,36, além de multas e devidos acréscimos, que fora cobrado inicialmente.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração contém, uma única acusação fiscal que diz respeito a recolhimento a menos de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses dezembro de 2014 e dezembro 2015.

O sujeito passivo requer, preliminarmente, a nulidade do lançamento de ofício, em razão da ausência de cerceamento de seu direito de defesa sob a alegação de todo o trabalho de fiscalização para se apurar a exigência fiscal objeto da autuação se resumiu exclusivamente em duas folhas [04 e 05] e que, diante da ausência dos documentos que embasaram a fiscalização maculam de nulidade a autuação por lhe impedir de acessar os documentos que serviram de base e fundamento para a lavratura do Auto de Infração.

Constato das peças que integram os autos que não assiste razão ao Autuado, haja vista que constam dos autos às fls. 06 a 45, demonstrativos analíticos que discriminam detalhadamente todas as operações que deram origem a exigência fiscal ora em lide, bem como se verificam às fls. 25 e 45, recibo de recebimento de cópias desses demonstrativos assinados por preposto do Autuado. Portanto, não há que se falar em ausência de elementos para a total compreensão da acusação fiscal. Logo, não acato a preliminar de nulidade suscitada pelo Defendente.

Da análise dos elementos acostados aos autos, precipuamente dos levantamentos “Auditoria Fiscal - Antecipação Tributária acostado às fls. 06 a 45 e CD á fl. 84, constato que a apuração do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, foi realizada concentrando o resultado da exigência fiscal no último mês de cada exercício, ou seja, no mês de dezembro de 2014 e de 2015. O procedimento de apuração realizado desse modo, implica ignorar os acréscimos legais e moratórios incidentes e devidos em cada período de apuração, uma vez que, sem previsão legal para tanto, foi deslocada para o final de cada exercício a exigência. Além de dificultar a conferência, pelo Autuado, dos valores efetivamente apurados, ante a possibilidade de recolhimentos extemporâneos.

Ademais, por ser o estabelecimento autuado Contribuinte Normal, adota o regime de conta-

corrente fiscal e deve apurar o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, no último dia de cada mês, é o que se depreende da inteligência do art. 305, do RICMS-BA/12, *in verbis*:

“Art. 305. No regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.”

A Lei 7.014/96, por seu turno, no art. 24, preconiza expressamente que o ICMS será apurado por período, conforme dispuser o regulamento.

Assim, não há como prosperar o presente lançamento de ofício, haja vista que sendo a apuração da exigência fiscal realizada de forma imprecisa não traz a segurança indispensável ao lançamento, se configurando vício intransponível, inquinando-o de nulidade.

Em suma, considero nulo o lançamento de ofício, na forma do inciso IV, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Nos termos do art. 21, do RPAF-BA/99, recomendo à autoridade competente, que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando o prazo decadencial.

Anto ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 281401.0117/19-0**, lavrado contra **NIKE DO BRASIL COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos da alínea “a”, do inciso I, do art. 169, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA