

**PROCESSO** - A. I. Nº 281401.0117/19-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - NIKE DO BRASIL COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0196-03/21-VD  
**ORIGEM** - DAT METRO / INFRAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 14/09/2022

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0225-12/22-VD

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Não há nulidade sem prejuízo. A apuração realizada por exercício, relativa a períodos já alcançados pela decadência ao tempo da Decisão recorrida, em detrimento da apuração por período mensal, somente traz prejuízo para o Erário Estadual, e apenas por conta dos menores acréscimos moratórios exigidos. Mas a nulidade da autuação traria um prejuízo ainda maior para o Estado, na medida em que o imposto não poderia ser mais exigido. Excluído o período alcançados pela decadência, não restou imposto a pagar no exercício de 2014. Infração subsistente em parte. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO EM PARTE**. Auto de Infração *Procedente em Parte*. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 10/12/2019, em razão da seguinte irregularidade:

*Infração 01 - 07.01.02 - Efetuou o recolhimento a menor ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos exercícios de 2014 e 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 179.474,36, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96.*

A 3ª JJF decidiu pela Nulidade do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0196-03/21-VD (fls. 206 a 213), com base no voto a seguir transcrito:

*"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.*

*Constatou 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, precípua mente 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.”*

A 3<sup>a</sup> JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Alessandra Figueira Luna - OAB/SP nº 392.406.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em razão do recolhimento a menor ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Constatou que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1<sup>a</sup> instância desonerou totalmente o presente Auto de Infração no valor de R\$ 381.642,86, conforme extrato (fl. 215), montante superior a R\$ 200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Verifico que a desoneração decorre da declaração de nulidade, de ofício, pela Decisão recorrida, com base no Art. 18, IV, “a” do RPAF/99, sob o fundamento de que o Auto de Infração não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, já que foi apurado por período anual, quando o correto seria a apuração mensal.

Observo que o Auto de Infração se refere aos exercícios de 2014 e 2015, mas somente foi lavrado em 10/12/2019, com ciência pelo Autuado em 18/12/2019, tendo a Decisão recorrida sido efetuada em 29/11/2021.

Assim, com base no Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, que determina a contagem do prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no Art. 150, § 4º do CTN, tendo em vista que o Autuado declarou a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apurou o montante do imposto devido, mas efetuou o seu recolhimento a menor do que o devido, não podem ser exigidas as operações ocorridas até o mês de novembro de 2014.

Entretanto, considerando que no momento da Decisão recorrida todo o período autuado já havia sido alcançado pela decadência, entendo que a mesma foi equivocada, pois a apuração em período anual não traz nenhum prejuízo para o Autuado, somente para o Erário Estadual, e apenas por conta dos menores acréscimos moratórios exigidos.

O próprio Acórdão recorrido fez esta observação no seu penúltimo parágrafo, o qual transcrevo

abaixo:

*“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.”* (grifo nosso)

Portanto, com base no princípio *pas de nullité sans grief*, inserto no § 2º, do Art. 18 do RPAF/99 e no parágrafo único do Art. 283 do novel CPC, julgo que foi equivocada a decisão pela nulidade do Auto de Infração, pois traria um prejuízo ainda maior para o Estado, na medida em que o imposto não poderia ser mais exigido.

Considerando a teoria da causa madura, disciplinada no Art. 1.013, § 3º do novel CPC, que consiste na possibilidade de julgamento do processo que não obteve resolução do mérito, cujos elementos estejam constantes nos autos, bem como visando a celeridade processual, fiz a exclusão das operações ocorridas no período de janeiro a novembro de 2014, abrangido pela decadência, e comparei as operações restantes (R\$ 157.197,45) com os valores recolhidos relativos ao período de dezembro de 2014 (R\$ 158.200,27), constatando que não restou imposto a exigir neste exercício de 2014.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício para julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$ 5.611,63, relativo ao exercício de 2015.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281401.0117/19-0**, lavrado contra **NIKE DO BRASIL COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.611,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS