

**PROCESSO** - A. I. Nº 232400.0002/13-2  
**RECORRENTE** - FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0055-03/14  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 18/12/2014

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO C/JF Nº 0383-11/14

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DA DECISÃO. RETORNO À PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO OBSERVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Falta de apreciação da arguição de ilegitimidade ativa arguida na impugnação. Cerceamento do direito de defesa. Necessidade de motivação da Decisão e da submissão da matéria ao duplo grau de julgamento nos termos do capítulo VII do RPAF/99. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso **PROVIDO** para declarar a *Nulidade* da Decisão recorrida. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2013 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$141.728,31, acrescido da multa de 150%, em razão da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de junho a dezembro de 2009; janeiro, março, maio, agosto a dezembro de 2010; janeiro a agosto e outubro de 2011.

De acordo com a descrição dos fatos no Auto de Infração, o autuado realizou vendas de produtos sujeitos à substituição tributária para contribuintes do Estado da Bahia, apresentou GIAs ST regularmente e procedeu aos recolhimentos conforme informado. Entretanto, foi constatado que os valores do ICMS ST retidos nas Notas Fiscais Eletrônicas emitidas no período fiscalizado foi superior aos valores informados nas GIAs ST, o que culminou na diferença apurada, no valor histórico total de R\$141.728,31.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 60 a 63 inicialmente citando ser empresa estabelecida no Estado de São Paulo, e com inscrição de contribuinte substituto no Estado da Bahia.

Em seguida aduziu que trata-se de Auto de Infração lavrado contra estabelecimento situado no Estado de São Paulo por suposto recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária na remessa de veículos para concessionários da marca Ford no Estado da Bahia.

Que a autuação abrange tanto os veículos vendidos para o estoque dos concessionários nos termos e condições do Convênio ICMS 132/92 [Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com veículos automotores], quanto as vendas diretas para consumidores finais residentes no Estado da Bahia, cuja entrega do veículo foi feita por concessionário neste Estado, nos termos e condições estabelecidas pelo Convênio ICMS 51/00 [Estabelece disciplina relacionada com as operações com veículos automotores novos efetuadas por meio de faturamento direto para o consumidor], tendo a Fiscalização verificado remessas ocorridas entre junho de 2009 e outubro de 2011 (exceto setembro de 2011), considerando aproximadamente 8.000 operações, Que durante a fiscalização os agentes fiscais teriam identificado diferenças entre o

valor devido e o valor informado em GIA-ST e recolhido ao Estado da Bahia.

O contribuinte prossegue expondo que refez a apuração com base nas notas fiscais que lista às fls. 69 a 96 (“doc. 02”), analisando os motivos que levaram a ocorrência das supostas diferenças apontadas, buscando identificar de forma incontroversa a origem de cada uma delas. Em seguida elaborou planilha à fl. 61 frente/verso e arguiu que as recomposições das apurações do ICMS-ST devido ao Estado da Bahia, dos meses autuados, refletindo exatamente os valores informados na GIA-ST da empresa, deixaria claramente demonstrado que a diferença identificada tem duas origens e seriam indevidas pela empresa.

Alegou em seguida que pelo cotejo da diferença apontada pela fiscalização na planilha anexada ao Auto de Infração, verifica-se que a primeira diferença é igual à soma das notas fiscais de devolução, com CFOP 2.410 [Devolução de venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária], referente a entradas por devoluções de veículos cuja venda foi cancelada, que por um equívoco da fiscalização foram incluídas nas operações de saída para apuração da base de cálculo do ICMS-ST, o que não deveria ter ocorrido. Citou dados do mês de junho/2009 e expôs que as Notas Fiscais Eletrônicas de Entrada com CFOP 2.410 possuem ICMS-ST que deve ser deduzidos da apuração do Estado. Que, no trabalho fiscal, a diferença de ICMS-ST supostamente devido decorre do fato de a fiscalização somar, indevidamente, na apuração das operações tributadas, as notas de entrada cujo imposto deveria ser considerado apenas como redutor do imposto a recolher, como foi feito pelo contribuinte.

Que assim teria restado evidente, pelo cotejo e apuração pelas notas fiscais que lista às fls. 69 a 96 (“doc. 02”), bem como pela inclusão indevida das notas fiscais de entrada (CFOP 2.410) no cálculo feito pelo trabalho fiscal, que:

*“(i) para os meses de Junho, Julho, Agosto, Outubro, Novembro e Dezembro de 2009, Janeiro, Março, Outubro, Novembro e Dezembro 2010 e Janeiro à Agosto e Outubro de 2011, o cálculo fiscal está equivocado, por incluir na SOMA das operações tributadas com ICMS-ST supostamente devido ao Estado da Bahia, algumas notas fiscais de entrada (doc. 04) que não poderiam ser consideradas como geradoras de obrigação tributária, por se tratar de entradas por devolução e não operações de saídas, não sendo alcançadas pela hipótese de incidência do ICMS.*

*Para os meses de Setembro de 2009, Maio, Agosto e Setembro de 2010, além da questão da inclusão das Notas Fiscais de Entrada no cálculo das operações de saída (Doc. 05), aumentando a base de cálculo indevidamente, houve dois outros efeitos de notas fiscais relativas a vendas diretas aos consumidores, a saber: (i) a partilha do imposto que não deveria ser considerada pela fiscalização e o foi para o Estado da Bahia no mês de Setembro de 2009; (ii) a partilha decorrente de devoluções que eram devidas ao Estado da Bahia e deveriam ser consideradas pela fiscalização, mas não o foram nos meses de Maio, Agosto e Setembro de 2010).*

*Antes de demonstrar o equívoco da fiscalização é fundamental lembrar a questão da destinação do ICMS-ST partilhado nas vendas diretas à luz do Convênio ICMS 51/00, que já foi inclusive objeto de consulta do setor automotivo ao COTEPE, que gerou o Convênio ICMS 58/08 que reafirmou o critério do local de entrega como o definidor da unidade federada da localização do concessionário como sendo a credora da parcela do imposto devida por substituição tributária, quando o adquirente fica em outra unidade, o que ocorre comumente com as operações de arrendamento mercantil (leasing).”*

O contribuinte transcreve a cláusula primeira do Convênio ICMS 51/00 [Estabelece disciplina relacionada com as operações com veículos automotores novos efetuadas por meio de faturamento direto para o consumidor], destacando os seus parágrafos segundo e terceiro:

*Convênio ICMS 51/00:*

*Cláusula primeira. Em relação às operações com veículos automotores novos, constantes nas posições 8429.59, 8433.59 e no capítulo 87, excluída a posição 8713, da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria/Sistema Harmonizado - NBM/SH, em que ocorra faturamento direto ao consumidor pela montadora ou pelo importador, observar-se-ão as disposições deste convênio.*

*§ 1º O disposto neste convênio somente se aplica nos casos em que:*

*I - a entrega do veículo ao consumidor seja feita pela concessionária envolvida na operação;*

*II - a operação esteja sujeita ao regime de substituição tributária em relação a veículos novos.*

*§ 2º A parcela do imposto relativa à operação sujeita ao regime de sujeição passiva por substituição é devida à*

*unidade federada de localização da concessionária que fará a entrega do veículo ao consumidor.*

*§ 3º A partir de 1º de julho de 2008, o disposto no § 2º aplica-se também às operações de arrendamento mercantil (leasing).*

Em seguida afirma:

*“Desta forma, as notas fiscais que constaram da lista de notas emitidas para o Estado da Bahia, mas cuja partilha não era devida ao Estado, por ser o concessionário localizado no Estado de Pernambuco (NFE 19860 – doc 06), sejam as notas cujo Estado do adquirente eram outros Estados, mas o concessionário encontra-se no Estado da Bahia e que por isso não estavam na lista de notas emitidas com destino ao Estado da Bahia, de alguma forma afetaram em conjunto com as notas de devolução, a apuração do ICMS-ST devido para o Estado da Bahia no mês de Setembro de 2009 e ainda nos meses Maio, Agosto e Setembro de 2010, gerando, reafirme-se, em conjunto com o problema decorrente da inclusão indevida na soma das operações tributadas das notas de entrada, um suposto recolhimento a menor do ICMS-ST ao Estado da Bahia, que de fato não ocorreu.*

Cita exemplo relativo ao mês de setembro de 2009 e alega que:

*“No trabalho fiscal, a diferença é de R\$ 8.434,64 de ICMS-ST supostamente devido, deve-se ao fato já informado da fiscalização SOMAR, indevidamente, na apuração das operações tributadas, as notas de entrada nº 7622, 7686 8064 e 8095, quando este imposto deveria ser considerado apenas como redutor do imposto a recolher, como foi feito pelo contribuinte, no total de R\$ 6.788,69, mais a inclusão da nota de saída 96909 com ICMS-ST destacado de R\$ 1.645,95 (doc . 06), que apesar de ter como adquirente um residente no Estado da Bahia, a entrega do veículo foi feita em um concessionário situado no Estado de Pernambuco, fazendo com que a partilha, com base na cláusula primeira do Convênio ICMS 51/00 acima transcrita, seja devido ao Estado de Pernambuco e não ao Estado da Bahia, como pretendido pela fiscalização.*

*Fica evidente pelo cotejo e apuração pelas notas fiscais listadas em anexo (doc. 02), bem como pela inclusão indevida das notas fiscais de entrada (CFOP 2.410) e a de saída de venda direta com partilha para o Estado de Pernambuco, no cálculo feito pelo trabalho fiscal, que para o mês de Setembro de 2009, não há diferença de imposto a ser recolhida, pois a cobrança se deve a inclusão indevida de notas de entrada e nota de saída com partilha para outro Estado para cobrar suposta diferença não recolhida de ICMS-ST ao Estado da Bahia, o que não concorda o contribuinte por não haver previsão para cobrança de ICMS-ST em notas de entradas e não poder ser partilhado o ICMS com o Estado da Bahia quando a entrega física do veículo foi feita no Estado de Pernambuco, à luz do Convênio ICMS 51/00.*

O contribuinte afirma que nos meses de maio, agosto e setembro de 2010, os problemas das apurações decorrem dos mesmos problemas já indicados e que, desses equívocos que teriam sido cometidos pelo Fisco, nestes meses as devoluções possuem também Notas Fiscais com adquirentes em outra Unidade da Federação (SP), mas cuja partilha é devida ao Estado da Bahia, por serem operações de leasing (§ 3º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 51/00), que não foram consideradas na apuração, gerando um imposto devido diferente daquele que seria apurado normalmente, pois as devoluções, nesses meses seriam ao todo de R\$13.314,60 em maio, R\$1784,54 em agosto e 3.913,94 em setembro, considerando-se as NFES 17797 (maio), 43375, 43376, 43377 e 43458 (agosto) e 22485 (setembro) que foram emitidas para empresas de leasing em São Paulo, com entrega em concessionária localizado no Estado da Bahia e portanto com partilha do ICMS devido a este Estado, cuja venda englobou o montante total de saídas que geraram o ICMS-ST devido ao Estado, mas que em razão da desistência do comprador, geraram também agora o abatimento nas devoluções computadas, pelo que novamente deveria prevalecer a apuração dele, contribuinte, sendo indevidas as cobranças de supostas diferenças para os meses de maio, agosto e setembro de 2010.

Concluiu requerendo o “cancelamento” do Auto de Infração face aos equívocos cometidos pela fiscalização na recomposição da apuração do ICMS-ST devido ao Estado da Bahia.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 153 a 157 contestando os argumentos do contribuinte e mantendo a autuação.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0055-03/14, às fls. 172 a 175. Em seu voto assim se expressa o ilustre Relator:

**VOTO**

*O presente Auto de Infração é decorrente da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito*

*passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de junho a dezembro de 2009; janeiro, março, maio, agosto a dezembro de 2010; janeiro a agosto e outubro de 2011.*

*De acordo com a descrição dos fatos, foi constatado que os valores do ICMS ST retidos nas Notas Fiscais Eletrônicas emitidas no período fiscalizado foi superior aos valores informados nas GIAS ST, o que culminou na diferença apurada.*

*O defendente alegou que as diferenças apuradas se referem às devoluções (CFOP 2.410), ou seja, entradas por devoluções de veículos cuja venda foi cancelada, e que, por equívoco da fiscalização, foram incluídas nas operações de saídas para apuração da base de cálculo do ICMS-ST.*

*No caso de retorno de mercadoria por desfazimento do negócio, o art. 654 do RICMS-BA/97 estabelece os procedimentos que devem ser adotados para comprovação da operação, conforme se verifica no referido dispositivo regulamentar abaixo reproduzido:*

*Art. 654. O estabelecimento que receber, em retorno, mercadoria que por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário deverá:*

*I - emitir Nota Fiscal, por ocasião da entrada, com menção dos dados identificativos do documento fiscal originário: número, série, data da emissão e valor da operação;*

*II - lançar a Nota Fiscal emitida na forma do inciso anterior no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações com Crédito do Imposto", quando for o caso;*

*III - manter arquivada a 1ª via da Nota Fiscal emitida por ocasião da saída, que deverá conter a indicação prevista no § 1º;*

*IV - anotar a ocorrência na via presa ao bloco ou em documento equivalente;*

*V - exibir ao fisco, quando exigidos, todos os elementos, inclusive contábeis, comprobatórios de que a importância eventualmente debitada ao destinatário não tenha sido recebida.*

*A autuante informou que constatou que os valores retidos nas GIAS ST eram superiores aos valores das Notas Fiscais Eletrônicas emitidas no período fiscalizado, e que essas diferenças correspondiam exatamente aos valores das Notas Fiscais de Entrada, Notas Fiscais de Devolução de mercadorias emitidas com CFOP 2410, o que não diverge das explicações apresentadas pelo autuado.*

*Disse que orientou o Contribuinte no sentido de apresentar os Conhecimentos de Transporte visados pelo Fisco do Estado da Bahia correspondentes às mercadorias devolvidas, uma vez que esse é o documento que atende aos requisitos previstos na legislação, conforme preceituam os dispositivos regulamentares (Convênio 81/93, cláusulas quarta e oitava; RICMS/BA aprovado pelo Decreto de nº 6.284/97, arts. 368 e 374), já que a simples apresentação da Nota Fiscal Eletrônica desacompanhada do referido documento não é suficiente para comprovar o retorno dos veículos, mercadorias objeto do lançamento de crédito em discussão.*

*O defendente anexou ao presente PAF cópias de DANFEs emitidos para documentar as entradas das mercadorias constando a informação de que se trata de retorno de veículo vendido, e esses documentos também foram apresentados para a autuante, conforme se depreende da informação fiscal.*

*Observe que a legislação prevê a apresentação pelo contribuinte ao Fisco, quando exigidos, de todos os elementos, inclusive contábeis, comprobatórios de que a importância eventualmente debitada ao destinatário não tenha sido recebida. Neste caso, concordo com a opinião da autuante, de que a simples exibição do DANFE não é suficiente para comprovar o retorno das mercadorias.*

*Trata-se de documento que deveria ter sido apresentado pelo defendente para comprovar que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.*

*Como o autuado não apresentou elementos suficientes para confirmação do efetivo retorno das mercadorias, considero que não restou comprovado o desfazimento do negócio e, conseqüentemente, indevida a dedução dos valores retidos e não recolhidos, conforme apurado no levantamento fiscal.*

*Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

**Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 186 a 191, inicialmente reafirmando as suas alegações da impugnação originária acerca de que o alegado recolhimento a menor do ICMS-ST teria decorrido, em parte, de equívoco da Fiscalização em não considerar os estornos dos débitos do imposto retido em razão da devolução das**

respectivas mercadorias ao estabelecimento autuado. Que, ademais, já suscitara o fato de que parte das operações consideradas pela Fiscalização na composição do crédito tributário não tinha o ICMS-ST devido ao Estado da Bahia, na medida em que se referia a operações de venda direta a consumidor final, cujos estabelecimentos concessionários responsáveis pela distribuição do veículo estavam situados em outras Unidades da Federação, nos termos definidos pelos §§ 2º e 3º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 51/00. Que a Junta de Julgamento Fiscal negou provimento à impugnação, por considerar que a comprovação das devoluções necessitaria da juntada de outros documentos probatórios, tais como o Conhecimento de Transporte e/ou a demonstração da escrituração das Notas Fiscais de devolução no Registro de Entradas do estabelecimento.

O contribuinte prossegue expondo que *“Em relação ao segundo aspecto suscitado pela oro recorrente, isto é, o Estado competente para arrecadar o ICMS-ST nas operações de venda direta por ela realizadas, quedou-se silente o d. Órgão Julgador de 1ª instância, em, data venia, flagrante violação ao amplo direito de defesa.”*

O contribuinte argui nulidade da Decisão de 1ª Instância narrando que foram dois os argumentos aduzidos em sede de impugnação com o fim de demonstração da improcedência da exigência fiscal.

Que o primeiro deles foi objeto de exame em 1ª instância, e refere-se às operações de devolução das mercadorias, as quais ensejaram o estorno dos débitos de ICMS-ST pelas saídas originais. Que os respectivos montantes corresponderiam exatamente à suposta diferença do imposto que teria sido recolhida a menor por ele, Recorrente.

Que entretanto o segundo ponto destacado na manifestação impugnatória, relacionado à incompetência legal do Estado da Bahia para arrecadar o ICMS-ST incidente sobre as vendas diretas efetuadas pelo estabelecimento autuado, deixou de ser abordado por inteiro na Decisão de 1ª instância.

Que os d. Julgadores de 1ª instância, ao discorrerem sobre os fundamentos para a manutenção do Auto de Infração, somente suscitam aspectos relativos à documentação e procedimentos necessários à comprovação do retorno de mercadorias, para fins de estorno dos respectivos débitos, inclusive, mencionando a manifestação apresentada pela i. Fiscal Autuante, que teria orientado o Recorrente neste sentido.

Que nada se falou sobre a incompetência do Estado da Bahia para arrecadar parcela do ICMS-ST objeto da presente exigência fiscal, e que constitui argumento autônomo e independente da demonstração do efetivo retorno das mercadorias, eis que referente a outra parcela do ilegal crédito tributário ora lançado.

Que assim, em respeito ao princípio da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, ele, Recorrente, entende que a situação experimentada no presente Processo amolda-se perfeitamente às hipóteses legais de nulidade da Decisão, previstas nos incisos II e III, do artigo 18, do Decreto nº 7.629/99, que copia.

Que esta nulidade ocorre porque, primeiramente, ele, Recorrente, fica sem saber os motivos que levaram as Autoridades Julgadoras a, também pelo outro aspecto suscitado na Impugnação, manter a respectiva parcela da exigência fiscal.

Que, ademais, é dever funcional das Autoridades Julgadoras apresentar os fundamentos legais que justifiquem o ato administrativo decisório, tratando-se de uma garantia ao devido processo legal que, no presente Processo, considera não ter sido atendido.

Requer, de plano, seja decretada a nulidade da Decisão de 1ª instância, a fim de que o Órgão de Julgamento *a quo* apresente as razões legais para a rejeição a todos os aspectos aduzidos na impugnação.

O contribuinte prossegue expondo já ter demonstrado não haver diferença relativa ao ICMS-ST

devido ao Estado da Bahia, seja em razão dos estornos efetuados pelo estabelecimento autuado, em decorrência do retorno de mercadorias, ou pelo fato de o Fisco baiano não ser o Ente competente para arrecadar o imposto nas respectivas hipóteses.

Cita a planilha elaborada na peça impugnatória, afirmando que nesta estaria demonstrado que o valor correspondente à parte das supostas diferenças de ICMS-ST lançadas na autuação corresponderiam exatamente ao montante estornado do imposto referente às operações de devolução de mercadorias, cujas Notas Fiscais de Entrada (CFOP 2410) foram anexadas a este processo.

Afirma que a Fiscal Autuante teria corroborado este fato, conforme consta no Acórdão de base. Que, então, a razão para a manutenção da exigência fiscal neste ponto dever-se-ia unicamente à opinião da autuante, porém conforme dispõe o artigo 654, incisos I a V, do RICMS/BA, a Nota Fiscal retratando a entrada do bem no estabelecimento remetente originário, juntamente com o documento que acobertou o respectivo retorno, são os únicos elementos expressamente previstos na legislação baiana para este fim, em que pese haver outros meio de prova que possibilitem a comprovação.

Assevera que, deste modo, em que pese acreditar já ter atendido aos ditames legais, quando da apresentação dos DANFES acobertando a entrada das mercadorias devolvidas no estabelecimento autuado, ele, Recorrente, em respeito ao princípio da verdade material, estava providenciando a juntada dos correspondentes Conhecimentos de Transporte e comprovante de escrituração dos documentos fiscais em seu Registro de Entradas, a fim de sepultar qualquer dúvida acerca do acerto de sua apuração fiscal.

Que, ademais, com relação aos períodos de setembro/09; maio, agosto e setembro/10, parte da exigência fiscal decorreria do fato de a Fiscalização não ter atentado para a incompetência legal do Estado da Bahia para arrecadar o ICMS-ST respectivo.

Que teria restado esclarecido na Impugnação que na hipótese de faturamento direito a consumidor final, nos termos do Convênio ICMS 51/00, a parcela do ICMS-ST será devida ao Estado onde se situar o estabelecimento do concessionário responsável pela entrega do veículo, sendo isto expressamente assegurado no §2º da Cláusula Primeira do referido diploma, que transcreve.

O contribuinte afirma que o Fisco não teria verificado que há, dentre as operações relacionadas na autuação, algumas saídas com destino a concessionários situados em outros Estados, inclusive, como é o caso da operação retratada pela NF 19860, cujos consumidores finais sequer encontram-se estabelecidos no Estado da Bahia. Que, no período de setembro/09, a referida NF 19860 foi emitida para acobertar saída em regime de venda direta cujo concessionário e consumidor final localizavam-se em outro Estado e, no tocante aos períodos de maio, agosto e setembro/10, os consumidores finais situavam-se no Estado da Bahia, porém os respectivos concessionários responsáveis pela entrega do veículo encontravam-se estabelecidos em outros Estados, o que entende faria do Fisco baiano sujeito ativo incompetente para o recebimento do imposto, nos termos do supracitado Convênio ICMS.

O recorrente conclui requerendo a reforma do Acórdão recorrido, com o fim de cancelar integralmente a exigência fiscal consubstanciada no Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Ramos Coelho Sento-Sé, emite Parecer às fls. 196 e 197 aduzindo que o contribuinte, em sede de Recurso Voluntário, argui nulidade da Decisão de 1º grau por falta de apreciação da questão suscitada em defesa inicial acerca da incompetência deste Estado para arrecadar parcela do ICMS-ST; nulidade da Decisão de base com fulcro no artigo 18, II e III, do RPAF/99; e recolhimento integral do ICMS-ST devido ao erário baiano.

Que, compulsando os autos, verifica-se que o recorrente aduz, em sua impugnação inicial, a incompetência do Estado da Bahia para arrecadar parcela do ICMS-ST incidente sobre as vendas

diretas efetuadas pelo estabelecimento autuado, à fl. 67 [62] dos autos. Que a JJF não apreciou a questão da incompetência do ente federativo, incorrendo em violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Que, com efeito, a omissão da Decisão de primeira instância administrativa, na apreciação e motivação da questão da incompetência, provocou agressão ao direito da ampla defesa do sujeito passivo, cerceamento do direito de defesa do contribuinte e violação ao princípio do devido processo legal.

A Procuradora afirma concordar com o autuado quanto à ocorrência de causa de nulidade da Decisão de primeiro grau, em consequência do silêncio da JJF quanto à incompetência suscitada na defesa inicial.

Opina no sentido de que seja reconhecida a ocorrência da nulidade prevista no artigo 18, II, do RPAF/99, com a consequente nulidade da Decisão recorrida, que ao manter-se silente quanto à incompetência da Bahia e legitimidade do Estado de Pernambuco promoveu cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

O contribuinte voltou a pronunciar-se à fl. 199 aduzindo que manifestava-se para:

*“requerer a juntada dos comprovantes da escrituração das Notas Fiscais de entrada emitidas para retratar o efetivo retorno das mercadorias ao estabelecimento autuado.*

*Vale lembrar que, em sede de julgamento de 1ª Instância, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal reconheceu que o valor referente à parte das supostas diferenças de ICMS-ST corresponde exatamente ao montante estornado do imposto, tendo sido mantida a exigência fiscal, unicamente, por considerar que os DANFES acostados à Impugnação, seriam insuficientes para comprovar o retorno das mercadorias.*

*Desta maneira, com a juntada da documentação em anexo, elimina-se qualquer dúvida acerca da legitimidade dos estornos dos débitos realizados pelo recorrente, devendo ser cancelada a presente exigência fiscal.”*

Juntou documentos às fls. 200 a 277.

A autuante foi cientificada da juntada dos ovos documentos, conforme despachos às fls. 279 e 280.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância.

Preliminarmente observo que em que pese a abordagem, pela e. Junta de Julgamento Fiscal, de parte dos argumentos trazidos na impugnação originária ao lançamento de ofício, *data maxima venia* percebo que a Decisão de base traz vício insanável, sendo este a omissão de análise e Decisão acerca da arguição do contribuinte quanto à ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para cobrar o ICMS devido em operações que, segundo o contribuinte afirma à fl. 62 frente/verso, teria como ente tributante outro Estado da Federação.

Assinalo, inclusive, que a d. JJF, no Relatório do Acórdão objeto da presente análise, à fl. 172 dos autos deste processo, chega a mencionar a arguição defensiva quanto à partilha de ICMS para o Estado de Pernambuco, mas não se pronuncia de forma conclusiva acerca da questão.

Portanto, de fato a Decisão de Primeira Instância, pela procedência da autuação, integralmente contrária à pretensão do contribuinte, carece de fundamentação quanto ao questionamento não abordado, do que decorre a sua nulidade, materializando-se a situação prevista no inciso III do artigo 18 do RPAF/99.

Por outro lado, uma vez que o RPAF/99, em seu capítulo VII, prevê o duplo grau de julgamento administrativo por este Conselho de Fazenda Estadual, resta impossível a esta Câmara de Julgamento Fiscal apreciar o mérito da lide, sem que argumento suscitado em sede de julgamento de primeira instância tenha sido analisado.

E de fato assiste razão ao contribuinte quando alega que diante da ausência de julgamento acerca da ilegitimidade ativa pelo impugnante então alegada, e corroborada em sede de Recurso

Voluntário, restou-lhe cerceado o direito de pronunciar-se em segundo grau tendo conhecimento, com clareza, acerca do posicionamento deste Órgão Julgador, em primeira instância, na presente lide, sobre a procedência, ou improcedência, de sua arguição.

Assinalo, por oportuno, que o contribuinte acostou novos documentos às fls. 199 a 278 dos autos deste processo, após a interposição de seu Recurso Voluntário, documentos estes que, na busca da verdade material, também necessitarão de análise quando do novo julgamento pela e. Junta de Julgamento Fiscal.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado para julgar NULO o Acórdão JJF nº 0055-03/14, determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para nova apreciação do Auto de Infração nº 232400.0002/13-2.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **232400.0002/13-2**, lavrado contra **FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA.**, determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para nova apreciação.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS