

PROCESSO - A. I. Nº 210320.1007/16-0
RECORRENTE - LEVEL IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0047-04/17
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0358-11/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DOS CRITÉRIOS QUE LEVARAM A REDUÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO. Na decisão de piso, o valor remanescente julgado como devido está em desacordo com a conclusão do Acórdão proferido. Compulsando o teor do acórdão hostilizado, restou comprovado que a JJF incidiu em falha técnica, entrando em contradição entre os valores indicados no corpo da decisão e o constante da Resolução. Com Base no art. 18 do RPAF/BA, são nulos as decisões proferidas sem a devida clareza. Necessidade de nova Decisão. Retornar-se os autos à Primeira Instância. **PREJUDICADA** a análise do Recurso. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos, neste momento processual, de apreciação do Recurso Voluntário formalizado pelo Autuado contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão nº 0047-04/17, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor de R\$66.851,51, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinadas fisicamente a este Estado, no caso de o importador ser estabelecido em outra Unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não em Estado diverso do seu domicílio. Consta na descrição dos fatos que a autuação se refere a falta de retenção e recolhimento do ICMS referente a substituição tributária por parte da Empresa Level Importação, Exportação e Comércio Ltda., a qual importou da Espanha 1.440,0 m² de ladrilhos e placas (lajes), conforme DI 16.13036225-8, sendo o desembaraço aduaneiro ocorrido no Porto de Salvador, contudo, não recolhimento do ICMS para este estado. Ao invés disso, solicitou exoneração do imposto através da GLME do Estado de Rondônia, porém, a mercadoria teve sua destinação física para a empresa POJUCA S/A, INC. EST. 028135164, conforme prova a Nota Fiscal Eletrônica DANFE nº 260, localizada na cidade de Mata de São João, neste Estado da Bahia, sem trânsito no estabelecimento do importador.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou impugnação (fls. 32/46), concentrando sua defesa na linha de que a operação em apreciação se refere à importação por conta própria realizada, através de empresa situada no Estado de Rondônia, por intermédio do porto de Salvador.

Em sequência, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente em Parte o processo administrativo fiscal, com decisão de teor adiante transcrito:

“O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Quanto ao fato de a título preliminar ter arguido incompetência do estado da Bahia para realização de tal lançamento, esclareço que existem basicamente dois tipos de fiscalização: aquela desenvolvida sobre os livros fiscais, para a qual se exige a necessária competência territorial frente ao local onde se encontra instalado o estabelecimento do contribuinte, e aquela desenvolvida no trânsito de mercadorias (caso dos autos), na qual, as fiscalizações estaduais verificam a regularidade da carga e sua respectiva documentação fiscal, nos locais onde se dá a passagem das mercadorias. Neste caso, não se verifica o estabelecimento da empresa, e sim, a mercadoria transportada, e sua respectiva documentação, reitero.

Nesta última hipótese, a fiscalização de qualquer unidade da Federação por onde a mercadoria transite pode exercer o seu múnus, inclusive aplicando penalidades. Suponhamos, por exemplo, que a valer o entendimento do autuado, ao circular por outro estado que não Rondônia, veículo do sujeito passivo transportando mercadorias desobedecesse a ordem de parada obrigatória em um Posto Fiscal. Simplesmente, diante da sua alegada “incompetência territorial”, tal infração ficaria simplesmente impune, estando estabelecido o caos e a desobediência legal, além da impunidade, figura abjeta, em qualquer situação.

Todavia, no caso presente, repito, a ocorrência se deu na fiscalização de trânsito de mercadorias, no estado não somente onde se deu o desembaraço aduaneiro das mesmas, como, de igual, forma, destino final após a liberação dos trâmites de importação, fazendo com que a competência territorial da fiscalização do estado da Bahia tenha, não somente o caráter legal, como, de igual forma, obrigacional, à vista das obrigações existentes.

Por outro lado, como se trata de fiscalização no trânsito de mercadorias, como já visto, o local da ocorrência é aquele onde a ocorrência é constatada, e no caso presente, a mesma foi verificada no território do estado da Bahia, e tal fato independe de ser ou não a empresa autuada inscrita no estado da Bahia, ou aqui possuir domicílio fiscal. Assim, a mesma se reveste da necessária e imprescindível legalidade e validade, motivo pelo qual não acolho tal argumento.

No mérito, muito se tem discutido a respeito da matéria em questão, e ao longo do tempo, acerca da competência nos casos de incidência do ICMS, nas operações de importação, sobretudo, porque o sistema tributário do país se estrutura com base no princípio federalista, ou seja, cada unidade federativa tem a devida competência por delegação constitucional para instituir e cobrar os impostos de sua alçada, podendo surgir o denominado “conflito positivo de competência”.

Diante de toda a discussão entabulada em diversas oportunidades, o entendimento predominante neste Órgão, em que pese decisões isoladas em sentido contrário, é de que, em observância à legislação em vigor, o imposto no caso de importação cabe àquele onde se localiza o real e final destinatário das mesmas, tendo, inclusive, o autuante, em sua informação fiscal mencionado alguns deles, transcrevendo suas Ementas.

A respeito de tal tema, uma das dificuldades enfrentadas na sua abordagem em situações análogas, se encontra na forma pela qual está redigido o artigo 155, §2º, Inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe:

“§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço”; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 33, de 2001)

Independentemente da redação boa ou ruim, da sua justeza ou não, cabe ao julgador, posicionar-se segundo o seu convencimento, e sobretudo, em atenção ao direito e a justiça, ainda que suplantando as dificuldades enumeradas. Fato é que ocorreu importação realizada pela empresa autuada situada no Estado de Rondônia, através do porto de Salvador, sendo, entretanto, o destinatário final das mercadorias estabelecimento localizado no estado da Bahia, não tendo as mesmas circulado até o estado do importador e remetidas diretamente para o destinatário final. Todavia, o imposto de importação foi recolhido em favor do estado de Rondônia, utilizando de benefício fiscal, o que resultou em valor ínfimo recolhido (R\$ 650,00), conforme se verifica na guia de recolhimento acostada à fl. 27 dos autos.

Vê-se que a Carta Magna, em tal disposição, não contempla a hipótese do cabimento do imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento importador, mas sim o estabelecimento destinatário da mercadoria. No caso em análise, a entrada física da mercadoria ocorreu no território baiano, não cabendo qualquer discussão a este respeito.

Dai fica devidamente claro qual seria o objetivo a ser alcançado, qual seja, o de se beneficiar apenas e tão somente da redução substancial do imposto a ser pago por ocasião da importação, até pelo fato de não ser crível uma empresa localizada no estado de Rondônia vir buscar mercado para seus produtos no estado da Bahia, diante da distância entre os mesmos, as dificuldades de logística no transporte das mercadorias, e dos custos envolvidos, caso a tributação fosse normal, sem qualquer tipo de incentivo.

Observe, também, que, em verdade, a importadora confunde-se com a própria autuada, pela similitude do endereço, do CNPJ, dentre outros dados. Diante das peças apresentadas pelos Autuantes, verifica-se que a mesma é, efetivamente o estabelecimento que efetuou a importação,

Sabido é que a Lei Complementar que dispôs sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), assim dispõe em seu artigo 12, inciso IX:

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

IX – do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior”; (Redação dada pela LC 114, de 16.12.2002)

Assim, tal dispositivo, estabelece o momento no qual o imposto é devido, nada mais. Cabe, entretanto ao artigo 11, inciso I, alínea “d” da mesma Lei Complementar, definir o local do fato gerador:

“Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física”;

A Lei Estadual do ICMS (7.014/96), atentando para o comando emanado da Lei Complementar, a repete em seu comando literalmente:

“Art. 13. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do contribuinte ou responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

d) importados do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física”;

Nota-se que o texto constitucional transcrito linhas acima elegeu como critério jurídico para definição do sujeito ativo do ICMS na Importação, o “Estado onde estiver situado o domicílio fiscal ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria”.

Portanto, tais artigos determinam que nas operações de importação de mercadorias ou bens do exterior, o recolhimento do imposto sobre elas incidente deve ser realizado em favor da unidade da Federação onde se situar o estabelecimento onde ocorrer a entrada física dos mesmos e em momento algum a defesa nega o fato da mercadoria importada objeto do Auto de Infração não ter dado entrada física no estabelecimento da autuada, o que reforça o escopo da autuação.

Desta forma, não resta dúvida de que o estabelecimento importador foi, efetivamente, aquele pertencente à Autuada, e que a sua presença na operação apenas se justifica pelo usufruto de possíveis benefícios fiscais concedidos pelo Estado de Rondônia, sendo que, como o destino final é o estado da Bahia, aplicam-se à operação os dispositivos legais da legislação tributária deste estado.

Também é notório, pelas peculiaridades da operação já apontadas estarmos diante de uma importação indireta, e neste caso, o posicionamento do Poder Judiciário, é o da sujeição ativa do imposto ser do estado do destinatário final da mercadoria, no caso, a Bahia, como no exemplo abaixo:

‘Na importação indireta, o ICMS é devido ao Estado onde se localiza o destinatário final da mercadoria importada. Precedentes do STJ e do STF. (AgRg no AREsp 298860/SC, Relator: Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, Julgamento em 18/06/2013. Data da Publicação/Fonte DJe 26/06/2013).’

Assim, resta claro a competência e capacidade ativa do estado da Bahia em relação à cobrança realizada no presente lançamento tributário.

Em relação a tese defensiva acerca da inexistência de Protocolo de substituição tributária entre o estado de Rondônia e o estado da Bahia, relativamente a materiais de construção, no caso, pisos e revestimentos, com efeito, não vieram aos autos qualquer elemento de prova que comprovasse tal existência, justamente devido ao fato de inexistirem, vez que os únicos Protocolos existentes relativos a materiais de construção, e celebrados

pelo estado da Bahia, são os de número 104/09 e 26/10, aos quais o estado de Rondônia não aderiu. Já este estado celebrou para tais produtos, o Protocolo ICMS 85/11 do qual a Bahia não é signatária. Assim, caso devida, a substituição tributária seria interna, por parte do destinatário físico das mesmas, no caso de vir a revende-las.

Desta forma, a empresa autuada estaria desonerada da cobrança realizada, relativamente à parcela relativa à substituição tributária, vez que caso devida, a substituição tributária deveria ser realizada pela empresa aqui estabelecida, aqui cabendo razão à defendente, o que implica na exclusão do cálculo do imposto devido da parcela de R\$23.721,52 lançada àquele título, na planilha de fl. 11.

Quanto aos argumentos de excessividade do percentual da multa aplicada, esclareço que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, um de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o ‘império da lei’ ou ‘jus imperium’.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência esta descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro Princípios Constitucionais Tributários. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) a qual disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº. 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Em relação aos argumentos que envolvam questões relativas a constitucionalidade, nos termos do artigo 167, inciso I do RPAF/99, este órgão não possui a devida competência tal análise, não podendo o julgador, pois, adentrar nos mesmos.

Quanto ao pedido de redução da multa para o patamar de 10% do valor do tributo, em atenção ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, carece a devida competência a esta instância para redução de multa por descumprimento de obrigação principal, nos termos previstos na legislação vigente, motivo do indeferimento de tal pleito.

Pelos motivos expostos, e diante dos fatos devidamente descritos, julgo o lançamento procedente em parte, no montante de R\$19.408,51.”

Inconformado, o autuado interpôs Recurso Voluntário (fls. 83/99), trazendo, de início, um resumo dos fatos da Ação Fiscal e, em seguida, arguindo a incompetência do Estado da Bahia para autuar contribuinte sem inscrição estadual neste Estado.

Destacou que a Recorrente se localiza em Rondônia, onde possui inscrição estadual de contribuinte do ICMS, tendo efetuado, no presente caso, operações de importação por conta própria, sendo as mercadorias revendidas posteriormente à empresa localizada na Bahia.

Dessa forma, a Recorrente não possui inscrição estadual neste Estado, mas somente o comprador interno das mercadorias importadas, tendo o Estado da Bahia o dever de efetuar a cobrança do contribuinte estabelecido no seu Estado.

Vale destacar que a competência tributária no que alude ao ICMS foi regulada pelo artigo 155, inciso II, da Constituição Federal de 1988, dispondo:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;”

Aduziu ter a nossa Carta Magna atribuído responsabilidade aos Estados e ao Distrito Federal pela regulamentação do ICMS que incide sobre os atos ou negócios jurídicos ocorridos dentro da sua limitação geográfica.

Nesse contexto, destacou que, encontrando-se o remetente localizado no Estado de Rondônia, a competência para fiscalizá-lo é somente daquele citado (Rondônia).

Asseverou que, no particular, restou absolutamente esclarecido que o Estado da Bahia não possui legitimidade para lavrar Auto de Infração sobre operações de contribuintes inscritos em outra unidade da federação, posto que não há qualquer irregularidade na operação que justifique a intervenção deste Estado, onde simplesmente transitou fisicamente a mercadoria.

Disse ser importante ressaltar, ainda, que a cobrança do ICMS pelo Estado da Bahia sobre a operação em comento ofende o princípio do pacto federativo, previsto constitucionalmente.

Alertou a Recorrente para a previsibilidade dos artigos 1º e 18 da Constituição Federal, dispondo que a organização político-administrativa da União rege-se pelo pacto federativo e autonomia dos Estados.

Prosseguindo, as razões recursais afirmou já ter o STF se manifestado, em termos de:

“O pacto federativo, sustentando-se na harmonia que deve presidir as relações institucionais entre as comunidades políticas que compõem o Estado Federal, legitima as restrições de ordem constitucional que afetam o exercício, pelos Estados-membros e Distrito Federal, de sua competência normativa em tema de exoneração tributária pertinente ao ICMS.” (ADI 1.247-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-8-1995, Plenário, DJ de 8-9-1995)

“As normas constitucionais, que impõem disciplina nacional ao ICMS, são preceitos contra os quais não se pode opor a autonomia do Estado, na medida em que são explícitas limitações.” (ADI 2.377-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 22-2-2001, Plenário, DJ de 7-11-2003)

Asseverou que a cobrança do imposto, do modo como efetuada pelo Estado da Bahia, refletiria a criação de um novo tributo, violando o princípio do pacto federativo e da autonomia dos Estados.

Invocou a regra do art. 150, inciso I, da Constituição Federal de 1988, dispondo que a hipótese de incidência de toda exação tributária deve estar expressamente prevista em lei, a fim de que se possa entender como legítima a sua cobrança.

Ressaltou que o Estado da Bahia, ao pretender tributar operação de importação de empresa sediada em outro Estado, extrapola as barreiras de sua competência, buscando alcançar fatos geradores ocorridos no território de outro Ente, ao qual foi destinada, pela Carta Magna, a arrecadação tributária.

No mérito, sustentou a improcedência da decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que entendeu ser o ICMS proveniente do desembaraço aduaneiro devido ao Estado da Bahia, onde foi realizada a nacionalização do produto, haja vista o fato de que a mercadoria ter como destino empresa situada neste mesmo Estado.

Reforçou que a definição de destinatário final dada pelo Auditor Fiscal e pelo Relator do Acórdão afronta diretamente o artigo 155, §2º, inciso IX, alínea ‘a’, da Constituição Federal, o qual determina taxativamente:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

IX - incidirá também: sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço.”

Observou que o destinatário a que alude o citado dispositivo constitucional é o estabelecimento IMPORTADOR, ou seja, aquele que realiza a operação de importação e, portanto, o seu destinatário legal, e não o destinatário final do bem, para quem serão transferidas as mercadorias após sua nacionalização. Até mesmo porque, o destinatário, neste caso, não é pré-determinado.

Em sequência, aduziu que a origem da importação consiste no ato de trazer, portar ou introduzir em um país mercadorias ou produtos estrangeiros adquiridos em outro país. Logo, sendo o fato gerador do ICMS-IMPORTAÇÃO ‘IMPORTAR bens ou mercadorias do exterior’, promovendo todo o processo de importação, por óbvio, que o destinatário legal da mercadoria importada só pode ser o estabelecimento importador, aquele que realiza a operação de importação, e não eventuais destinatários internos da mercadoria, conforme mencionado no Auto de Infração.

Citou, como fundamento, ensinamento de Leandro Paulsen ao comentar o art. 155, §2º, IX, alínea “a”, da Carta Magna para invocar ser exatamente o caso do presente Auto de Infração, apesar de a Recorrente (importadora) ter realizado a importação das mercadorias pelo Estado da Bahia, a sua sede está localizada no Estado de Rondônia, sendo o ICMS recolhido e devido no aludido estado. Apenas após sua nacionalização, as mercadorias, devidamente importadas, foram transferidas à Empresa ‘POJUCA S/A’, sediada no Estado da Bahia, tendo em vista a operação de compra no mercado interno.

Assim, concluiu pela existência de duas operações distintas, sendo que a operação de importação se encerra com a nacionalização das mercadorias, a qual é promovida pelo estabelecimento importador, para quem são destinadas as mercadorias objeto da importação e, por conseguinte, o destinatário previsto no art.155, §2º, IX, alínea ‘a’, da Constituição Federal.

Trouxe aos autos decisão do STF em agravo regimental que versa sobre o tema em discussão e destacou o fato de ter sido a mercadoria revendida posteriormente para empresa situada na Bahia, não descaracterizada a essência do negócio jurídico denominado ‘importação’ realizada anteriormente.

Assegurou que a figura do importador continua sendo definida como aquele que realiza o ingresso dos produtos para o território nacional e quem, consequentemente, pagará ICMS-Importação ao Estado onde possuir sua sede, nos termos do art. 155 §2º, IX, ‘a’, da Constituição Federal.

Frisou que, se o sujeito ativo fosse o Estado onde está localizado o destinatário final das mercadorias (o que apenas se admite para fins argumentativos!), ou bem a Recorrente seria a legítima destinatária das mercadorias e, consequentemente, contribuinte da obrigação tributária, cabendo sua cobrança ao Estado da sua sede (Rondônia), nos termos fixados constitucionalmente – caso em que reconhecida a existência de duas operações jurídicas distintas; ou bem o destinatário final das mercadorias não seria a Recorrente, a qual, por via de consequência, não seria contribuinte da obrigação tributária a qual, neste caso, teria como sujeito passivo unicamente o estabelecimento localizado na Bahia (Pojuca S/A), sendo este Estado competente para cobrar desta empresa, e somente dela, o ICMS-Importação.

Prosseguindo, sustentou que, se na importação por conta própria, o sujeito ativo é o Estado onde está localizado o destinatário final das mercadorias (comprador do mercado interno), e não o

Estado da sede do importador, então contribuinte da obrigação deve ser, obrigatoriamente, o estabelecimento situado na Bahia (destinatário final), e não o Importador das mercadorias (*in casu*, a Recorrente).

Comentou ser impossível imaginar que o aludido dispositivo constitucional queira dizer, ao mesmo tempo, que o sujeito ativo da exação é o Estado onde se encontra localizado o destinatário final das mercadorias, mas o sujeito passivo dessa mesma exação é o importador, chamado equivocadamente de intermediário, e não o destinatário final ao qual faz menção.

Em seguida, disse que, de qualquer modo, seria importante deixar claro que, diferentemente do apontado no acórdão, o presente caso não se trata de importação indireta, na medida em que a ela se caracteriza pela utilização de um intermediário, uma trading company, o que não se verifica no particular.

A par de tais argumentos, pediu, também, a redução da multa diante do princípio da proporcionalidade, defendendo que o percentual de 60% (sessenta por cento) sobre o valor do imposto mostra-se excessivamente elevado (R\$40.110,90), motivo pelo qual, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, deveria ser reduzido.

Ao fim, sustentou que, em face dos argumentos fáticos e jurídicos apresentados, requeria o recebimento e o PROVIMENTO do Recurso Voluntário, determinando-se o seu devido processamento, para o fim de:

“a) suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, inciso III, do Código Tributário Nacional;

b) cancelar o Auto de Infração nº210320.1008/16-7, considerando que o ICMS-importação é devido no local do estabelecimento importador, conforme preceitua o art. 155, §2º, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, e que a importação foi realizada de modo direto;

c) subsidiariamente, reconhecer a ilegitimidade passiva da Recorrente para responder por crédito tributário de responsabilidade do destinatário final do bem importado;

e) subsidiariamente, em remota hipótese de ser mantido o Auto de Infração, requer-se a redução da multa para 10% do valor do tributo, em atenção ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.”

VOTO

Conforme minuciosamente relatado, o Auto de Infração epígrafado imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, tendo a decisão de primeira instância julgado Procedente em Parte a autuação, o que gerou a irrisignação do sujeito passivo, através de Recurso Voluntário, visando promover a sua reforma.

O contribuinte, na sua peça recursal, de plano, arguiu a incompetência do Estado da Bahia para autuar contribuinte sem inscrição estadual neste Estado.

Alegou que a empresa Recorrente está localizada em Rondônia, onde possui inscrição estadual de contribuinte do ICMS e que, no presente caso, efetuou operações de importação por conta própria, sendo as mercadorias revendidas posteriormente à empresa localizada na Bahia.

Sustentou que, se a Recorrente não possui inscrição estadual neste Estado, somente em relação ao comprador interno das mercadorias importadas, o Estado da Bahia tem o dever de efetuar a cobrança do contribuinte estabelecido no seu Estado.

Invocou ser a competência tributária, no que se refere ao ICMS, regulada pelo artigo 155, inciso II, da Constituição Federal de 1988, transcrevendo o texto legal.

Do exame detido das peças processuais, constata-se que a ação fiscal seguiu os ritos legais e o recurso foi apresentado tempestivamente, inexistindo cerceamento de defesa.

A par disso, analisado o acórdão lavrado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, verifica-se que o valor remanescente, julgado como devido pelo autuado, é de R\$43.130,01 e, na conclusão, o sujeito passivo está sendo condenado ao montante de R\$19.408,51.

Assim é que, compulsando o teor do acórdão hostilizado, observa-se que a JJF incidiu em falha técnica, entrando em contradição entre os valores indicados no corpo da decisão e o constante da Resolução.

Dentro desse contexto é importante invocar o art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia, segundo o qual são nulos os atos praticados e as decisões proferidas, tanto se preterido o direito de defesa, quanto se não forem fundamentadas ou não apresentarem a devida clareza na condenação (incisos I e II).

Desse modo, apesar de não ter sido sequer pontuado pelo autuado, torna-se necessário que esse órgão julgador, de ofício, proceda a decretação da nulidade, por ser a consequência imposta por Lei às Decisões proferidas sem a necessária e indispensável fundamentação ou com preterição ao direito de defesa, repita-se, ambos (dever de fundamentação e amplitude de defesa) constitucionalmente assegurados.

Ressalto, finalmente, que, apesar de representar um aparente atraso na tramitação do processo administrativo fiscal, em face do retrocesso processual, vislumbro que tal posicionamento pode, entretanto, significar uma economia futura para o Estado da Bahia, por evitar possíveis honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça Estadual.

Voto, portanto, pela decretação, de ofício, da NULIDADE da Decisão farpeada e, conseqüentemente, considero PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário, de tudo resultando o retorno da procedimentalidade à Primeira Instância para saneamento e novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **210320.1007/16-0**, lavrado contra **LEVEL IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.**, devendo o processo retornar à Primeira Instância para que se proceda a novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS