

A. I. Nº - 129712.0005/13-2
AUTUADO - ESTOK COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES S.A.
AUTUANTES - GISÉLIA RIBEIRO GUIMARÃES, MARIA DAS GRAÇAS LEMOS FERREIRA e
MARIA CRISTINA ALVES CORREIA SANTOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 05.08.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0148-04/14

EMENTA: ICMS.

DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO. OPERAÇÕES DE VENDAS À CONSUMIDOR FINAL LOCALIZADO NO ESTADO DA BAHIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado que as operações relacionadas na autuação eram referentes a vendas de mercadorias a consumidores finais, realizadas pelo autuado, estabelecidos no Estado da Bahia, sendo as mercadorias remetidas diretamente aos compradores por estabelecimento da mesma empresa, situado em outra unidade da Federação, sem o recolhimento do ICMS devido a este Estado. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Afastadas as arguições de decadência e de ilegalidade da multa indicada na autuação. Indeferida a solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/09/13, exige ICMS no valor de R\$ 13.160.775,62, em decorrência da falta de recolhimento do imposto, no prazo regulamentar, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

Na descrição dos fatos, consta que a falta de escrituração ocorreu em razão do não recolhimento do ICMS ao Estado da Bahia constatado pelas vendas de mercadorias à consumidor final realizadas pelo autuado, estabelecido neste Estado, sendo as mercadorias remetidas diretamente ao comprador por estabelecimento da mesma empresa situado em outra unidade da Federação, sem o recolhimento do imposto devido ao Estado da Bahia. A exigência fiscal foi feita com base no confronto da leitura das memórias fiscais (MFD) dos ECFs do estabelecimento fiscalizado com os boletins de caixa que comprovam o ingresso dos recursos no estabelecimento deste Estado. Todas as negociações mercantis realizadas com os consumidores finais foram promovidas pelo estabelecimento baiano, portanto, foi quem procedeu efetivamente as vendas das mercadorias para os consumidores localizados no Estado da Bahia. Foi ressaltado que a exigência fiscal se restringiu à parcela do imposto devido à Bahia, uma vez que, ao ser calculado o imposto não recolhido, foi deduzido o valor do ICMS relativo à operação interestadual. Tudo conforme demonstrativos anexos cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte.

O autuado apresentou defesa (fls. 3170 a 3192) e, após descrever a infração que lhe foi imputada, informa que tem como objeto social a comercialização de móveis, utensílios e objetos de uso pessoal, doméstico, esportivo ou profissional. Diz que possui matriz no Estado de São Paulo e diversas filiais espalhadas por diferentes unidades da Federação, entre elas a Bahia, e por conta disso as operações de vendas podem ocorrer das seguintes maneiras: a) pedido de venda efetuado na loja escolhida pelo cliente, cujas mercadorias são retiradas por ele mesmo no momento da compra; b) pedido de venda efetuado na loja escolhida pelo cliente, cujas mercadorias são entregues pela mesma loja, posteriormente, no endereço informado pelo cliente; c) pedido de venda efetuado na loja escolhida pelo cliente, cujas mercadorias são entregues por outra loja, posteriormente, no endereço informado pelo cliente; d) pedido de venda efetuado na loja

escolhida pelo cliente, cujas mercadorias são parte retirada por ele e parte entregue no endereço informado. Menciona que nos dois últimos casos a mercadoria poderá sair de loja situada no mesmo estado em que foi efetuado o pedido ou em estado diverso, sendo que o ICMS será recolhido no estado em que a mercadoria der saída, nos termos da legislação pertinente.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que não existe lei no Estado da Bahia que determine a incidência do ICMS sobre a “negociação de venda”. Frisa que o art. 150, da Constituição Federal, veda a exigência de tributo sem lei que o estabeleça. Após transcrever o disposto no art. 2º, I, do RICMS-BA/97, argumenta que o fato gerador do ICMS é a circulação da mercadoria, o qual ocorre no momento da saída do estabelecimento comercial, o que diz não ter acontecido no caso em comento. Ressalta que, se a lei não descreve a situação fática como hipótese de incidência do ICMS, pelo princípio da estrita legalidade, não podem os autuantes efetuar o lançamento do referido tributo.

Explica que a negociação é o ato que antecede a circulação da mercadoria, uma vez que neste momento ainda não houve a transferência da titularidade do bem. Sustenta que o estabelecimento situado no Estado de São Paulo pratica o fato gerador do ICMS ao realizar a operação de saída da mercadoria com destino ao consumidor final residente no Estado da Bahia, sendo devido o ICMS ao Estado de São Paulo. Aduz que a legislação considera como local da operação, para efeito da exigência do ICMS e a definição do estabelecimento responsável, aquele onde ocorreu a efetiva circulação da mercadoria, já que não é a nota fiscal ou um acordo entre as partes que define uma operação como interestadual, mas sim a efetiva remessa da mercadoria de um Estado para outro.

Ainda em preliminar, afirma que não houve subsunção do fato à norma, porque a infração que lhe foi imputada não é compatível com a descrição feita pela fiscalização. Faz alusão ao disposto no art. 114 do CTN e reproduz farta doutrina e, em seguida, sustenta que no caso em comento não nasceu a obrigação tributária de pagamento de ICMS ao Estado da Bahia, já que não foi possível alocar a operação da empresa em nenhum dos artigos do Regulamento do ICMS.

Argui a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a setembro de 2008, pois considera que a contagem do prazo decadencial deve ser feita nos termos do art. 150, §4º, do CTN, uma vez que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação. Ressalta que a contagem do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário possui entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme jurisprudência que transcreve. Afirma que, tendo havido o recolhimento do imposto para o Estado onde ocorreu o fato gerador, não há o que se cogitar da aplicação do art. 173, I, do CTN, mas apenas o preceituado no art. 150, §4º, porque no mesmo período houve recolhimento de ICMS para o Estado da Bahia (doc. 5 – fls. 3314 a 3323), o que diz tornar indiscutível a decadência arguida. Aduz que o RPAF/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. 7.629/99), prevê a necessidade de obediência no entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça e repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica no artigo 168 do citado Regulamento.

Afirma que a fiscalização interpretou da maneira que lhe convier o Regulamento do ICMS criando situação nova não definida em lei, contrariando os preceitos da Lei Complementar 87/96. Após transcrever o disposto no inciso I do artigo 12, da LC 87/96, e no artigo 2º, inciso I, do RICMS-BA/97, frisa que o fato gerador do ICMS é a circulação de mercadorias, sendo o aspecto temporal o momento da sua saída do estabelecimento comercial. Menciona que somente ocorre a efetiva circulação de mercadorias no momento em que houver transferência de titularidade das mesmas. Cita doutrina e, em seguida, conclui que apenas o pedido de venda não é suficiente para gerar ao fisco a pretensão de cobrar o ICMS, sendo necessário que haja a efetiva tradição com a saída da mercadoria.

Ressalta que, no caso em tela, não ocorreu na Bahia qualquer operação econômica que ocasionasse saída de mercadoria. Diz que, portanto, não se justifica o deslocamento do fato

gerador para o local onde se realizaram as preliminares do ato jurídico de compra e venda, no caso a filial baiana, desconsiderando que a saída das mercadorias se deu no Estado de São Paulo.

Acrescenta que da mesma maneira que clientes baianos fazem pedidos de mercadorias na filial baiana, cujas mercadorias dão saídas pela matriz paulista, o inverso também acontece, hipótese em que o impugnante recolhe o imposto neste Estado (doc. 4 - fls. 3301 a 3313).

Afirma que a jurisprudência do STJ tem reformado todas as decisões dos Tribunais Estaduais que autorizam a cobrança do imposto em questão, sobre pedido de venda, sendo certo que o entendimento pacífico é o de que “a definição do fato gerador corresponde à situação definida em lei, sintonizando a Nota Fiscal ou a Fatura (expressão da tradição) o local da saída para a entrega ao consumidor final, espelhando o envolvimento mercantil”. Reproduz jurisprudência e, em seguida, sustenta que em razão do entendimento pacificado pelo STJ não há espaço para a tributação pelo Estado da Bahia das operações de venda, cujas mercadorias são faturadas pelo estabelecimento sediado em outro Estado e entregues diretamente ao consumidor final.

Quanto à multa indicada na autuação, diz que é ilegal, pois não cometeu nenhuma infração e escriturou as operações de saídas das mercadorias nos livros fiscais da sua matriz em São Paulo, onde ocorreu o fato gerador do imposto. Sustenta que a multa tem o caráter de confisco, o que frisa ser vedado pela Constituição Federal. Para embasar seus argumentos, transcreve doutrina e jurisprudência. Diz que a multa em questão deve ser afastada, para que possam prevalecer os princípios da moralidade, razoabilidade, capacidade contributiva e do não confisco.

Ao final, requer a nulidade ou improcedência do Auto de Infração. Alternativamente, solicita que seja afastada a multa indicada na autuação. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive pela realização de perícia e diligência.

As autuantes prestam a informação fiscal (fls. 3326 a 3337) e, inicialmente, ressaltam que as vendas totais do autuado no período de 2008 a 2012 importaram em R\$ 290.161.182,93, sendo que deste montante 48% (R\$ 138.530.647,94) foram de vendas efetuadas no Estado da Bahia e tributadas por São Paulo, tudo conforme os demonstrativos de fls. 3338 a 3342.

Observam que as vendas feitas em cartão de crédito e informadas à SEFAZ pelas administradoras dos cartões não correspondem aos valores declarados pelo autuado, comprovando também a omissão de valores de saídas referentes a vendas aqui efetuadas e não oferecidas à tributação de acordo com os demonstrativos anexados às fls. 3343 a 3347.

Afirmam que o autuado tenta passar a idéia de que poderia operar como se fosse um *showroom* ou uma representação comercial, emitindo o pedido de vendas e dando saída da mercadoria em outro estabelecimento situado em unidade da Federação diversa. Ressaltam que, no entanto, esse não é caso do impugnante, um estabelecimento de grande porte comercial, inscrito no cadastro de contribuintes deste Estado com a atividade econômica de “comércio varejista de móveis” e que funciona em instalações que ocupam grande área. Acrescentam que o autuado está enquadrado na condição de contribuinte “Normal”, tendo com forma de apuração do imposto a conta corrente fiscal. Frisam que essa classificação o obriga a cumprir, nas suas operações comerciais para as quais solicitou inscrição estadual, a legislação pertinente ao Estado da Bahia. Mencionam que o procedimento do autuado configura um “planejamento tributário” que subverte a lei e os princípios do ICMS como um imposto estadual, trazendo enorme prejuízo para a Bahia, pois se existe neste Estado uma filial com atividade de comércio varejista de móveis, o procedimento regular é a transferência das mercadorias da matriz para integrar o estoque da filial, embora que simbolicamente, conforme previsto na legislação vigente.

Salientam que as operações em tela não são apenas negociações, mas sim vendas propriamente ditas. Mencionam que a documentação apensada ao processo comprova que no estabelecimento do autuado, situado neste Estado, são realizadas vendas efetivas, com o fechamento e o pagamento dos valores, dando ao adquirente o direito a propriedade das mercadorias, ocorrendo

naquele momento a transmissão da propriedade e não uma mera negociação e contrato de venda. Frisam que a capacidade contributiva é do consumidor baiano que, ao fazer o pedido, efetua o pagamento da mercadoria adquirida e esse valor entra no caixa dessa filial, conforme comprovam os boletins de caixa do estabelecimento, cujos valores integram os Resumos Mensais e Demonstrativos Auditoria Fiscal Conta Caixa nos Anexos I, II, III, IV e V (fls. 56 a 483), estando as cópias dos referidos boletins apensados no Anexo VIII deste PAF.

Acrescentam que, para mascarar a verdadeira natureza da operação de vendas, esses valores são lançados nos ECF (equipamento emissor de cupom fiscal) instalados no estabelecimento como dados não fiscais e, portanto, não são oferecidos à tributação neste Estado, como deveriam ocorrer, visto que a venda foi aqui iniciada e finalizada. Frisam que esse procedimento está demonstrado nos levantamentos fiscais constantes deste Auto de Infração, com as cópias das Reduções Z extraídas dos ECF onde são lançados estes valores sob a rubrica de “Totalizador não Fiscal”, comprovando que não houve a correspondente emissão de cupom fiscal.

Sustentam que a infração imputada ao autuado está perfeitamente caracterizada e de acordo com a descrição dos fatos constante no Auto de Infração. Explicam que, sobre as vendas promovidas pelo estabelecimento baiano sem a devida tributação neste Estado, o levantamento fiscal está amparado no art. 2º, IV, §1º, VI, do RICMS-BA/97.

Asseveram que não há razão para o acolhimento da decadência, pois a contagem do prazo decadencial se faz a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Frisam que não houve o pagamento prévio do imposto devido ao Estado da Bahia.

Sustentam que o disposto nos artigos 11 e 12, da LC 87/96, e 3º, I, §2º, da Lei 3.956/81, atribui ao estabelecimento transmissor da propriedade a responsabilidade pelo pagamento do imposto, ainda que a mercadoria vendida não transite por ele.

Aduzem que contra o próprio autuado, sobre idêntica matéria, já tinha sido anteriormente lavrado o Auto de Infração nº 129712.0008/07-7, o qual foi julgado procedente em primeira e segunda instâncias, conforme se depreende do Acórdão CJP Nº 0227-12/09, cujo voto reproduziram.

Observam que o fisco baiano não foi o primeiro a apurar essa irregularidade cometida pela empresa autuada, pois o Estado de Minas Gerais já havia realizado levantamento fiscal sobre esta mesma matéria, resultando na lavratura do Auto de Infração – PTA/AI nº 01.000148227-15 – contra o estabelecimento filial de inscrição estadual nº 062.883390.0028. Apreciado pelo Conselho de Contribuintes daquele Estado, a decisão foi unânime pela procedência da autuação, conforme Acórdão nº 16.992/05/3ª, conforme ementa que transcrevem.

Acrescentam que a Diretoria de Tributação (DITRI) da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, ao responder consulta formulada por contribuinte do comércio varejista, Parecer nº 7811/2007, se pronunciou no seguinte sentido: *“Matriz de outro estado ao remeter mercadorias para demonstração realizada por sua filial localizada na Bahia e, também, para atendimento de pedidos de clientes, deverá emitir Nota Fiscal tributada pela alíquota interestadual. A filial ao efetuar as entregas, tributará pela alíquota interna do Estado da Bahia.”*

Ressaltam que a jurisprudência citada pelo autuado não se aplica ao caso em comento, pois a venda não foi apenas negociada na filial, mas toda ela foi aperfeiçoada e concluída no Estado de domicílio do comprador, sendo que a nota fiscal emitida pela origem apenas mascarou e encobriu a real situação fático-jurídica identificada, pois o correto seria emitir uma nota fiscal de transferência para a filial e esta emitir uma nota fiscal de venda para o consumidor final, recolhendo o imposto para a Bahia. Frisam que a circulação jurídica da mercadoria se efetivou na filial baiana, aonde houve a exposição física, foi definido o prazo de pagamento e entrega, fixados os valores unitários e totais e, sobretudo, aqui se efetuou o pagamento da mercadoria, principal obrigação do consumidor no contrato de compra e venda mercantil, restando apenas se fazer posteriormente a entrega do bem.

Mencionam que dar razão ao contribuinte seria por nas mãos dele o controle da arrecadação dos Estados de destino da mercadoria, pois bastaria a empresa manter um “planejamento tributário” semelhante e concentrar seus recolhimentos num só Estado em que se situe a matriz, a troco inclusive de benefícios fiscais generosos, como é caso do autuado que se utiliza de benefício fiscal concedido pelo Estado de São Paulo, que reduziu a alíquota para 12% na saída de móveis para consumidor final. Ganharia o contribuinte e o Estado de origem, porém perderia o Estado de destino, que teria o seu fluxo financeiro conduzido pela iniciativa privada.

Afirmam que a multa indicada na autuação deve ser mantida, uma vez que é coerente com a infração apurada e está prevista na legislação tributária do Estado da Bahia.

Ao finalizar, solicitam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Após apreciação em pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência à IFEP COMÉRCIO, fl. 3.404, para que o autuado fosse notificado acerca dos novos elementos trazidos na informação fiscal.

Atendida a diligência, o autuado se pronunciou às fls. 3411 e 3412, ratificando os termos de sua impugnação, sob o argumento de que os documentos trazidos aos autos pelas autuantes não continham nenhuma argumentação nova.

As autuantes foram notificadas acerca do pronunciamento do autuado, fl. 3417, porém se limitaram a informar que estavam cientes.

VOTO

Trata o presente Auto de Infração da falta de recolhimento de ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, tendo sido a irregularidade constatada pela realização de vendas de mercadorias a consumidores finais pelo autuado, estabelecido neste Estado, sendo as mercadorias remetidas diretamente aos adquirentes por estabelecimento da mesma empresa situado no Estado de São Paulo, sem o recolhimento do imposto devido ao Estado da Bahia.

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração por ofensa ao princípio da legalidade, sob o argumento de que não existe lei no Estado da Bahia que determine a incidência do ICMS sobre “negociação de venda”.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois efetivamente o ICMS não incide sobre “negociação de venda”, contudo o Auto de Infração em comento foi lavrado para exigir ICMS sobre operações relativas à circulação de mercadorias ocorridas neste Estado. O imposto que foi laçando de ofício está previsto no art. 155, inc. II, da Constituição Federal, tem as suas normas gerais estabelecidas na Lei Complementar nº 87/96 e foi instituído pela Lei Estadual nº 7.014/96. Dessa forma, não houve ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que o imposto ora exigido encontra amparo na legislação vigente. Ressalto que, quanto à efetiva natureza das operações relacionadas na autuação, tal matéria será apreciada mais adiante neste voto.

O autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração por falta de subsunção do fato à norma, pois a infração que lhe foi imputada não seria compatível com a descrição feita pelas autuantes.

Não merece prosperar essa arguição, pois o fato apurado (realização de operações de saídas de mercadorias sem a devida escrituração e, portanto, sem o pagamento do ICMS) se subsume à norma que prevê a obrigação de pagar o ICMS correspondente a essas operações, uma vez caracterizada a ocorrência do fato gerador do tributo. Por outro lado, considerando os dispositivos legais citados pelas autuantes, há que se ressaltar que um eventual equívoco na tipificação da infração não seria razão para a nulidade do lançamento, pois a irregularidade apurada foi descrita com clareza e precisão, deixando evidente o correto enquadramento.

O autuado argui a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a setembro de 2008, pois considera que a contagem do prazo decadencial deve ser feita nos termos do art. 150, §4º, do CTN.

Afasto essa arguição de decadência, pois a legislação tributária baiana, utilizando o permissivo contido no art. 150, §4º, do CTN - *“Se a lei não fixar prazo a homologação”* -, fixou o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador como sendo o marco inicial da contagem do prazo decadencial, conforme disposto no art. 107-A, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB). Ressalto que a apreciação da constitucionalidade desse dispositivo do COTEB não se inclui entre as competências deste órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Não há como se acolher a alegação defensiva atinente a recolhimentos efetuados antecipadamente, uma vez que os valores que estão sendo cobrados no presente Auto de Infração não foram objeto de qualquer pagamento. Aplica-se, portanto, ao caso concreto o previsto no art. 173, I, do CTN, que possui a mesma redação do art. 107-A, I, do COTEB.

Ressalto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça citada na defesa não vincula a presente decisão e nem torna pacífico o entendimento do Poder Judiciário acerca da matéria.

Dessa forma, em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a setembro de 2008, a Fazenda Pública Estadual tinha até 31/12/13 para efetuar o lançamento de ofício. Tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 25/09/13, não tinha ainda ocorrido a decadência arguida.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, II, “a”, indefiro a solicitação de perícia ou de diligência, pois os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, bem como a prova dos fatos envolvidos na lide não depende de conhecimento especial de técnicos.

A multa indicada na autuação é a prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade descrita no Auto de Infração, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, conforme previsto no art. 125, inc. I, do COTEB. A solicitação de afastamento da referida multa não pode ser acolhida, pois, além de estar prevista em lei, a dispensa ou redução de multa por descumprimento de obrigação tributária principal ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento deste CONSEF.

Adentrando ao mérito, observo que a tese defensiva está fundamentada no entendimento de que a “negociação de venda” não é suficiente para gerar a obrigação de pagar ICMS, pois o fato gerador do imposto é a circulação da mercadoria, o qual ocorreu no momento da saída da referida mercadoria do estabelecimento comercial localizado no Estado de São Paulo.

É pacífico que o ICMS não incide sobre a “negociação de venda”, uma vez que o referido tributo tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias, além das prestações de serviços de transporte e de comunicação. Como no caso em análise trata-se de uma empresa comercial, interessa-nos saber se efetivamente ocorreram ou não operações relativas à circulação de mercadorias, pois sem essas operações não haverá a obrigação de pagar ICMS, bem como saber qual o sujeito ativo dessa obrigação tributária.

O autuado está inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) como sendo um estabelecimento comercial varejista de móveis. É relevante salientar que, apesar de as mercadorias tratadas neste lançamento serem provenientes da sua matriz localizada no Estado de São Paulo, o autuado não é representante comercial daquele estabelecimento paulista.

Nas operações relacionadas no lançamento em apreço, os adquirentes das mercadorias se dirigiram ao estabelecimento do autuado e com ele celebraram contratos de compra e venda e efetuaram o correspondente pagamento, tudo conforme a farta documentação probante acostada ao processo. Essas transações comerciais caracterizam vendas efetivas de mercadoria e são representadas pelos comprovantes de pagamentos efetuados, haja vista que o autuado deixou de emitir e registrar a documentação fiscal prevista na legislação. Dessa forma, foi no estabelecimento localizado no Estado da Bahia onde ocorreu a aquisição das mercadorias em

questão pelos consumidores locais, sendo este, portanto, o local da operação para os efeitos da cobrança do ICMS, nos termos do art. 11, I, “c”, da L. C. 87/96, cujo teor transcrevo a seguir:

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:

[...]

c) o do estabelecimento que transfira a propriedade, ou o título que a represente, de mercadoria por ele adquirida no País e que por ele não tenha transitado;

O fato de parte dessas mercadorias ter sido entregue aos adquirentes pelo estabelecimento matriz localizado no Estado de São Paulo não descaracteriza as operações de vendas realizadas pelo autuado no Estado da Bahia, pois a legislação tributária prevê a hipótese em que a mercadoria seja entregue ao adquirente sem transitar pelo estabelecimento transmitente da sua propriedade, conforme se depreende do disposto no art. 12, IV, da Lei Complementar 87/96, cujo teor transcrevo a seguir:

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

[...]

IV - da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;

A jurisprudência citada pelo autuado trata de ocorrência diversa da que se encontra em análise, pois trata de uma situação em que o estabelecimento vendedor tinha emitido a documentação fiscal prevista, o que não ocorreu no caso em tela.

A escrituração das operações pelo estabelecimento matriz e o recolhimento do imposto em favor do Estado de São Paulo não possuem o condão de elidir a infração imputada ao autuado, pois o imposto em questão era devido ao Estado da Bahia.

Observo que, em sua defesa, o autuado não questionou a metodologia empregada na determinação do imposto lançado, não apontou equívocos nas quantidades e valores constantes no levantamento efetuado e nem contrapôs números aos que foram apurados pelas autuantes.

Ressalto que a matéria em análise já foi objeto do Auto de Infração nº 129712.0008/07-7, lavrado contra o próprio autuado pelas mesmas autuantes, tendo este Conselho de Fazenda decidido pela procedência da autuação, conforme o Acórdão CJF Nº 0227-12/09, cuja ementa transcrevo a seguir:

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO. OPERAÇÕES DE VENDAS A CONSUMIDOR FINAL LOCALIZADO NO ESTADO DA BAHIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatação de operação de venda de mercadoria a consumidor final, realizada pelo estabelecimento autuado, estabelecido na Bahia, sendo a mercadoria remetida diretamente ao comprador por estabelecimento da mesma empresa, situado em outra unidade da Federação, sem o recolhimento do ICMS devido a este Estado. Rejeitada a preliminar de nulidade e de ilegalidade da multa aplicada. Mantida a Decisão de 1ª Instância. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Conforme foi bem ressaltando pelas autuantes na informação fiscal, o procedimento adotado pelo autuado configura um suposto planejamento tributário que subverte a lei e os princípios do ICMS, trazendo prejuízos para o Estado da Bahia, pois, como neste Estado existe uma filial com atividade de comércio varejista de móveis, o procedimento regular é a transferência das mercadorias da matriz para o autuado, ainda que simbolicamente. Esse procedimento descrito pelas autuantes está em total conformidade com o Parecer nº 7811/2007, da Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, já citado no relatório que compõe o presente Acórdão.

Restou, portanto, comprovado que as operações em tela são referentes a vendas de mercadorias a consumidores finais, realizadas pelo autuado, estabelecido no Estado da Bahia, sendo as mercadorias remetidas diretamente ao comprador por estabelecimento da mesma empresa, situado em outra unidade da Federação, sem o recolhimento do ICMS devido a este Estado.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **129712.0005/13-2**, lavrado contra **ESTOK COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.160.775,62**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 3.879.153,67 e de 100% sobre R\$ 9.281.621,95, previstas no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO - RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA