

PROCESSO - A. I. Nº 129712.0008/07-7
RECORRENTE - ESTOK COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. (TOK & ESTOK)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0326-02/08
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 14/08/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0227-12/09

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.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 0326-02/08) que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 14/03/2008, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$5.529.914,34, em decorrência da falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta da acusação que a falta de escrituração ocorreu em razão do não recolhimento do ICMS ao Estado da Bahia por vendas de mercadorias a consumidor final realizadas pelo recorrente, 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 nos documentos fiscais emitidos pelo estabelecimento de Barueri-SP, onde consta o número do Pedido emitido pelo estabelecimento baiano quando da negociação realizada com o consumidor. As operações, ou sejam, todas as negociações mercantis realizadas com os consumidores finais foram promovidas pelo estabelecimento baiano, portanto foi quem procedeu efetivamente às vendas das mercadorias para os consumidores localizados no Estado da Bahia. Ressaltam que a exigência fiscal se restringe 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, qual seja, a de remessa das mercadorias pelo estabelecimento situado no Estado de São Paulo aos consumidores deste Estado. Tudo conforme demonstrativos anexos cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte.

Após análise das razões de defesa e da informação fiscal, os julgadores da Decisão recorrida se pronunciaram sobre as questões preliminares suscitadas. Em relação à arguição de nulidade (autuação ter decorrido de uma “negociação de venda”), não a acolheram, pois a exigência fiscal diz respeito à operação comercial de vendas de mercadorias ocorridas neste Estado. Em relação à ilegalidade da multa aplicada, também não a acolheram, com fulcro no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

No mérito, afastaram os argumentos defensivos tendo por base:

Os documentos acostados aos autos provam que o estabelecimento autuado não realizava um “pedido de venda” como alegado, mas sim vendas de mercadorias, recebendo os respectivos pagamentos pelas operações comerciais de compra e venda. Afora que não se poderia desconsiderar *que o autuado, por livre deliberação, ao se inscrever no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia o fez declarando que a atividade que desenvolveria, neste estabelecimento, seria de comércio varejista de móveis. Não consta que o autuado atue como representante comercial.*

Nas operações em lide, embora o autuado alegue que realizou “pedidos de vendas” e apesar da nota fiscal ter sido emitida pelo estabelecimento situado em outro Estado, diretamente para o consumidor final localizado no estado da Bahia, conforme demonstrado nos autos, o consumidor faz o pagamento ao contribuinte autuado (estabelecimento localizado na Bahia). O estabelecimento baiano registra os recebimentos destas vendas, como comprovam os Boletins de Caixa, cujas cópias estão apensadas nos anexos I, II e III deste PAF, sendo lançadas nos ECF como dados não fiscais, sob a rubrica de “Totalizadores não Fiscal” e sem a devida emissão do Cupom Fiscal. Tal procedimento caracteriza a venda efetiva das mercadorias, passando o consumidor final a condição de proprietário das mesmas, inclusive tendo direito de exigir, do estabelecimento baiano a entregar dos objetos adquiridos, mediante apresentação do título que represente a propriedade das mercadorias, que no caso, é o comprovante de pagamento. Portanto, independentemente da circulação física das mercadorias ocorrer ou não pelo estabelecimento autuado, o local da operação, para efeitos da cobrança do imposto, é o estabelecimento que transfere a propriedade, ou o título que a represente, conforme previsão do artigo 11, inciso I, alínea “c” da Lei Complementar 87/96, reproduzido no art. 3º, § 2º da Lei 3.956/81, com redação dada pela Lei 4.675/86 e no art. 2º, inc. IV, § 1º, inc. VI do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Houve, em seguida, a ressalva de que, *conforme demonstrativos que embasaram a autuação, na presente lide, foi reclamado apenas o ICMS devido ao Estado da Bahia, pois, ao apurar o imposto devido, as autuantes deduziram o valor do ICMS relativo à operação interestadual, qual seja, a de remessa das mercadorias pelo estabelecimento paulista aos estabelecimento baiano.*

E, para corroborar este entendimento, transcreveram o Acórdão: 16.922/05/3ª, do foro administrativo do Estado de Minas Gerais, em relação à filial do recorrente lá localizada, bem como, Parecer da SAT/DITRI (Parecer nº 7811/2007) sobre a matéria em questão.

A infração foi mantida.

Ao tomar ciência da Decisão proferida a empresa a impugna (fls. 536/553) com base nas seguintes razões:

1. Os julgadores de 1ª Instância mesmo entendendo não ter havido circulação de mercadorias no Estado da Bahia, afirmam que o ICMS deve ser recolhido dentro do Estado, independentemente do que prevê a legislação, *tudo por conta da guerra fiscal e visando o aumento da arrecadação.*
2. Após historiar a autuação e identificar que a empresa possui matriz em São Paulo e diversas filiais espalhadas por diferentes Estados da Federação, dentre eles, o Estado da Bahia, afirma que suas operações comerciais podem ocorrer das seguintes maneiras, conforme a necessidade do cliente, levando-se sempre em conta o estoque da loja:
 - a) pedido de venda efetuado na loja escolhida pelo cliente, cujas mercadorias são retiradas por ele 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) pedidos de venda efetuados na loja escolhida pelo cliente, cujas mercadorias são parte retirada por ele e parte entregue no endereço informado.

E, nos dois últimos casos (1/3 das operações de vendas) a mercadoria poderá sair de loja situada no mesmo Estado em que foi efetuado o pedido de venda ou em Estado diverso, sendo que o ICMS sempre será recolhido ao Estado em que a mercadoria der saída, nos termos da legislação pertinente. Para exemplificar, juntou documentos onde clientes fizeram pedidos em São Paulo, porém, a mercadoria saindo da filial em Salvador-BA, o imposto foi a este Estado recolhido.

Passou a discordar, em seguida, dos argumentos da Decisão recorrida.

1. Em relação de que a operação de venda teria ocorrido no Estado da Bahia e não em São Paulo, porque os pagamentos das mercadorias teriam sido feitos na filial baiana, disse que a circulação da mercadoria ocorreu em São Paulo, no momento em que a mercadoria saiu do seu estabelecimento matriz e não no momento dos seus pagamentos, visto que o RICMS não prevê como fato gerador do imposto o pagamento de mercadoria, mas sim, a saída dessa do estabelecimento contribuinte.
2. No que tange ao argumento de que a transferência das mercadorias ao consumidor final teria se dado pelo estabelecimento baiano, nos termos do art. 11, I, “c” da Lei Complementar 87/96, pela suposta entrega aos clientes do título que a representou, ressaltou que o referido artigo trata de venda à ordem, procedimento incompatível com as operações do recorrente, visto que se está diante de duas personalidades e não três, conforme determinação legal e posicionamento da maioria dos Estados da Federação.
3. Quanto à Decisão trazida pelos julgadores da 1ª Instância de que o Estado de Minas Gerais já havia se posicionado desfavoravelmente ao procedimento ora combatido, afirmou que a empresa foi vitoriosa em Decisão definitiva do Superior Tribunal de Justiça, que, e inclusive, tem reformado todas as decisões dos fiscos estaduais que pretendem cobrar ICMS sobre pedidos de venda.
4. O recorrente não pode ser obrigado a mudar seu procedimento rotineiro, com fundamento legal, para iniciar operações desamparadas de lei, com o exclusivo fim de aumentar a arrecadação baiana. Em assim sendo, a matriz da empresa não deve emitir nota fiscal para a filial baiana para que esta entregue as mercadorias ao consumidor final, com o fim de recolher a diferença de alíquotas ao Estado da Bahia.

Após essas colocações, requer, em preliminar, a nulidade da autuação por entender que houve 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 artigo 150 da Constituição Federal dispõe que é vedado à União, aos Estados e aos Municípios exigir tributo sem lei que o estabeleça.

Transcreve o artigo 2º, inciso I, do RICMS vigente para fundamentar sua alegação de que o regulamento em questão dispõe que a circulação da mercadoria é o fato gerador do ICMS, que se dá no momento da saída da mercadoria do estabelecimento comercial, o que não aconteceu no caso em tela. *Isso significa que o fato gerador do ICMS é a transferência física das mercadorias que se dá com a saída efetiva dessas para o consumidor final ou pela transferência jurídica, que ocorre nos casos de venda à ordem, onde um estabelecimento A vende mercadoria para B que, por sua vez, vende para C, sendo autorizado que A entregue as mercadorias diretamente para C. Que no presente caso não ocorreu venda à ordem e nem poderia ocorrer, primeiro porque não existe venda de mercadorias de uma empresa para ela mesma, e segundo porque para haver venda à ordem devem existir três personalidades jurídicas diferentes, o que não acontece no caso de matriz e filial. Até porque, a emissão da nota fiscal, que é o documento hábil para caracterizar a transferência de titularidade das mercadorias também foi emitido por São Paulo, para acompanhar a entrega dessas ao consumidor final, nos termos da legislação pertinente. Portanto, a hipótese aqui é de transferência física de mercadorias, que ocorreu fora do Estado*

da Bahia, não havendo que se falar em recolhimento de imposto dentro desse Estado. Assim sendo, o presente Auto de Infração é nulo de pleno direito, visto que não há lei estadual determinando a incidência do ICMS sobre a negociação de venda de mercadorias.

Atacando o mérito da Decisão recorrida, cita trecho da Decisão de 1ª Instância onde houve a ressalva que os clientes da empresa efetuaram os pagamentos das mercadorias no estabelecimento baiano, para afirmar ter sido este o motivo que levou a JJF a entender ter havido a operação de circulação de mercadoria, o que chamou de “conclusão absurda”.

Transcrevendo o art. 1º, I e art. 2º I, do RICMS/BA em vigor, conclui não haver dúvida de que o fato gerador do ICMS é a circulação de mercadorias, sendo o aspecto temporal da regra matriz de incidência tributária o momento da sua saída do estabelecimento comercial. Argumenta que somente ocorre a efetiva circulação de mercadorias, no sentido econômico, no momento em que houver transferência de titularidade das mesmas, ou seja, quando o produto passar do patrimônio de um para outro, citando ensinamento de Hugo de Brito Machado, Aliomar Baleeiro e art. 1.267 do Código Civil. 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 do bem, com a saída da mercadoria, o que, “*in casu*” ocorreu fora do território baiano. Observa que o único suposto fundamento jurídico para pretender o ICMS para dentro do estado baiano é o art. 11, I, ‘c’ da Lei Complementar nº 87/96, que diz que o local do fato gerador do ICMS é o do estabelecimento que transfira a propriedade da mercadoria ou o título que a represente, ou seja, por uma venda à ordem, a qual interpreta. Ademais, em que pese o entendimento de que os estabelecimentos são independentes, esta independência diz respeito tão-somente ao controle de crédito e débito, já que o ICMS é estadual, não havendo nenhum impedimento que um produto seja negociado em uma loja e vendido por outra de mesma titularidade. Nesta discussão frisa que levanta a questão porque se trata de operação interestadual. Se fosse operação interna, seja com depósito fechado ou não, o Estado não seria prejudicado e, portanto, não haveria questionamento fiscal. No entanto, o procedimento é o mesmo e fundamentado em legislação.

Voltou a comentar sobre a reforma da Decisão proferida pelo Estado de Minas Gerais, transcrevendo o Acórdão da STJ – 1ª Turma – Estok X SEFAZ/MG - RESP nº 439.057 – Ministro Relator José Delgado e trechos de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Em relação à multa aplicada, alega que a mesma não pode ser exigida, pois não cometeu nenhuma infração às leis tributárias sendo que escriturou as operações de saídas das mercadorias nos livros fiscais da sua matriz em São Paulo.

No seu opinativo (fls. 558/559), da lavra da nobre procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, a PGE/PROFIS assim se posiciona:

“Da análise dos autos, vejo que a questão gira em torno de se identificar quem é o sujeito passivo da relação jurídico-tributária ora travada, já que indiscutível que há ocorrência do fato gerador do ICMS.

Pelo que consta dos autos, vejo que os contratos de compra e venda são realizados na empresa situada na Bahia, já que este é o local para o onde o comprador se dirige para efetivação do pagamento e para concretização da tradição, fatores indispensáveis à efetivação do contrato de compra e venda.

O fato das mercadorias objeto dos referidos contratos de compra e venda não estarem fisicamente na empresa autuado no momento inicial de elaboração do contrato de compra e venda (pagamento), não é capaz de transferir para São Paulo o local da sua realização, já que a transferência de estoque é ato entre as partes (matriz e filial), o que é totalmente estranho ao comprador.

A partir do momento em que a empresa situada na Bahia recebe o pagamento e se compromete perante o comprador a efetivar o contrato de compra e venda, mediante a tradição da mercadoria, esse é o sujeito, tanto da relação jurídica comercial, quanto da relação jurídica tributária!

A gestão de estoque feita pela matriz em relação às suas filiais, como dito, é fato estranho ao consumidor, que recebeu do estabelecimento localizado na Bahia o título que garante a propriedade do objeto do contrato de compra e venda.

O contrato de compra e venda não seria realizado com o estabelecimento da Bahia exclusivamente se esse agisse como representante comercial da empresa de São Paulo, o que não é o caso, já que a inscrição estadual

do autuado indica que sua atividade é comércio.

Ou seja, o estabelecimento da Bahia agiu em nome próprio, sendo esse, pois, o sujeito passivo da relação tributária envolvendo o ICMS devido ao Estado da Bahia.

Diante disso, opino pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.”

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância deste Colegiado e, conseqüentemente, de o desonerar do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração que trata da falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, constatado pelas vendas de mercadorias a consumidor final realizadas pelo recorrente, 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.

No que concerne à arguição de nulidade apresentada, tendo em vista o entendimento de que a autuação, por decorrer da exigência de imposto sobre uma “negociação de venda”, desobedeceu ao princípio da estrita legalidade já que não existe lei no Estado da Bahia que determine a incidência do ICMS sobre tal fato, entendo posição equivocada. Como tal afirmativa decorre de toda uma construção jurídica elaborada pelo recorrente, analiso as razões apresentadas para, ao final, emitir minha Decisão. Ressalto, neste momento, que as razões recursais têm total base nesta construção, não havendo nenhuma discussão quanto aos fatos materiais apurados.

Em assim sendo, passo à análise das questões apresentadas pelo recorrente como motivadoras da reforma do Acórdão de 1ª Instância, por entender nela haver equívoco.

Disse ele que a JJF errou por ter entendido que a operação de venda teria ocorrido no Estado da Bahia, e não em São Paulo, pelo simples fato de que os pagamentos das mercadorias foram realizados na filial baiana. Neste sentido construiu todo um arcabouço jurídico com base em duas premissas: o fato gerador do ICMS somente ocorre quando existe a circulação física da mercadoria ou quando existe transferência jurídica, esta acontecendo exclusivamente quando a modalidade da operação comercial for por venda à ordem. Afirma que o art. 11, I, “c”, da Lei Complementar nº 87/96 não poderia ter sido aventado, pois trata da venda à ordem, procedimento incompatível com as suas operações comerciais.

Inicialmente, observo de que o fato gerador do ICMS, entre outros, tem por definição não somente a circulação de mercadoria, mas sim **as operações relativas** à circulação de mercadorias, não se confundindo, assim, com transporte de mercadorias, nem com seu mero deslocamento físico. Nele se encontra inserido o negócio jurídico bilateral, consensual, da compra e venda ou qualquer outro negócio jurídico em que haja circulação econômica e jurídica. Assim, entendo correto o argumento do recorrente quando afirma que somente ocorre a efetiva circulação de mercadorias, no sentido econômico, no momento em que houver transferência de titularidade das mesmas, ou seja, quando o produto passar do patrimônio de um para outro. Também ressalto de que um contrato de compra e venda, como simples negócio jurídico, não gera, a princípio, o dever de pagar o ICMS se não houver à operação relativa à circulação de mercadoria. E, diante destes argumentos, a questão aqui apresentada foi bem exposta pela JJF.

O recorrente, por livre e espontânea vontade, tem por atividade neste Estado o comércio varejista de móveis. Como tal, o Estado da Bahia lhe garante todas as condições para exercer livremente o seu comércio, sob a observância à norma tributária vigente. Dentro destas condições, pode o recorrente, seguindo inclusive seus procedimentos internos, realizar vendas de mercadorias, recebendo os respectivos pagamentos pelas operações comerciais de compra e venda, assim como, buscar em outro local, quer seja no País ou no exterior, a mercadoria oferecida ao consumidor.

No entanto, como já expressei, deve obedecer às determinações legais.

O recorrente não é representante comercial de si mesmo e nem poderia ser diante da sua atividade comercial aqui exercida. As mercadorias vendidas e objeto desta autuação são de sua fabricação. Se tais mercadorias são fabricadas no Estado de São Paulo ou em outro Estado, ou mesmo por terceiros, este fato não afeta a operação de venda realizada pelo estabelecimento autuado. O consumidor a ele se dirigiu, celebrou um negócio de compra e venda, a ele efetuou o pagamento e dele espera a mercadoria e não de outro qualquer estabelecimento. Tal procedimento, como bem pontuou a JJF, caracteriza a venda efetiva das mercadorias, passando o consumidor final à condição de proprietário das mesmas, inclusive tendo direito de exigir do estabelecimento baiano a entrega dos objetos adquiridos, mediante apresentação do título que represente a propriedade das mercadorias que, no caso em tela, é o comprovante de pagamento das mercadorias adquiridas. Tudo isto em obediência ao princípio da segurança jurídica que, por dever, rege qualquer relação comercial.

Por outro lado, o ICMS é imposto estadual. Como tal, nas operações em que estejam envolvidos mais de um Estado, o tributo deve ser repartido entre os entes federativos da relação comercial. Esta situação decorre do chamado pacto federativo que é princípio constitucional expresse - além do princípio da autonomia distrital - a não admitir que Estados e Distrito Federal se locupletem uns à custa dos outros. Assim é que a Lei Complementar, com função impositiva e objetivando promover uma justa partilha do imposto entre os estados (produtor e consumidor), delimita e sujeita todas as pessoas políticas da Federação às suas determinações. Ressalto que, mesmo tendo a competência legislativa estadual, os Estados e Distrito Federal devem estrita obediência às regras gerais emanadas do texto complementar.

Neste contexto, determina a Lei Complementar nº 87/96:

“Art. 2º O imposto incide sobre:

....
§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

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 transmissor** (grifo);*

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** (grifo);”*

Estas determinações foram recepcionadas pela Lei Estadual nº 7.014/96 nos seus artigos 2º, § 1º, 4º, IV e 13, I, “c”.

Esta é norma de entendimento cristalino. Dela se denota que a transferência de propriedade não se dá somente pela circulação física da mercadoria, mas, também, pela sua transferência jurídica, independentemente da sua natureza, com a sua transferência econômica. E é pacífico, na doutrina, o conceito de circulação jurídica, que envolve transferência de titularidade da mercadoria, pois a conceituação inserta na referida Lei Complementar (art. 1º) é que o ICMS é um imposto **sobre operações** relativas à circulação de mercadorias.

Portanto, ao contrário do que afirma o recorrente, as determinações emanadas da Lei Complementar nº 87/96 e acima citadas não se referem, tão-somente, à venda à ordem. Lembro que ela conceitua, entre outras, as hipóteses de incidência do fato gerador do ICMS. Venda à ordem é, apenas, uma das inúmeras modalidades de uma operação comercial que, inclusive, esta determinação também abarca.

E, para concluir este raciocínio, entendo que foi muito feliz a nobre procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, no seu opinativo, ao afirmar que: *O fato das mercadorias objeto dos referidos contratos de compra e venda não estarem fisicamente na empresa autuada no momento inicial de elaboração do contrato de compra e venda (pagamento), não é capaz de transferir para São Paulo o local da sua realização, já que a transferência de estoque é ato entre as partes (matriz e filial), o que é totalmente estranho ao comprador. A partir do momento em que a empresa situada na Bahia recebe o pagamento e se compromete perante o comprador a efetivar o contrato de compra e venda, mediante a tradição da mercadoria, esse é o sujeito, tanto da relação jurídica comercial, quanto da relação jurídica tributária! A gestão de estoque feita pela matriz em relação às suas filiais, como dito, é fato estranho ao consumidor, que recebeu do estabelecimento localizado na Bahia o título que garante a propriedade do objeto do contrato de compra e venda. O contrato de compra e venda não seria realizado com o estabelecimento da Bahia exclusivamente se esse agisse como representante comercial da empresa de São Paulo, o que não é o caso, já que a inscrição estadual do autuado indica que sua atividade é comércio. Ou seja, o estabelecimento da Bahia agiu em nome próprio, sendo esse, pois, o sujeito passivo da relação tributária envolvendo o ICMS devido ao Estado da Bahia.*

Alega, ainda, o recorrente que, mesmo sendo estabelecimentos independentes, esta independência diz respeito tão-somente ao controle de crédito e débito, já que o ICMS é estadual, não havendo nenhum impedimento que um produto seja negociado em uma loja e vendido por outra de mesma titularidade. Esquece ele que, embora esteja a discutir uma operação interestadual, o objeto desta lide se restringe a uma operação interna. Afora que, admitindo-se a operação interestadual, ele estaria desobedecendo à norma constitucional do pacto federativo na repartição de receitas.

Disse ainda o recorrente não ser obrigado a mudar seu procedimento rotineiro para iniciar operações desamparadas de lei, com o exclusivo fim de aumentar a arrecadação baiana e, em assim sendo, a matriz da empresa não deve emitir nota fiscal para a filial baiana objetivando a entrega das mercadorias ao consumidor final, unicamente com o fim de recolher a diferença de alíquotas ao Estado da Bahia.

Como já exposto, entendo que toda a argumentação da autuação e da Decisão recorrida encontra-se embasada na norma tributária vigente no País. Restou provada, nos autos, a ocorrência de operações de venda das mercadorias pelo estabelecimento do recorrente situado neste Estado. Nem a fiscalização estadual nem este Colegiado obrigam a empresa a mudar as suas rotinas administrativas, apenas que ela observe a norma legal, sob pena de ser responsável pelo ilícito tributário que cometer. No caso, o estabelecimento matriz deve transferir a mercadoria para sua filial neste Estado e esta emitir a nota fiscal de venda a consumidor final, tudo dentro das determinações legais e regulamentares vigentes. E, por fim, nesta autuação não se está a falar em diferença de alíquota devida ao Estado da Bahia e, sim, de uma operação de venda interna realizada.

Diante de tudo aqui expendido, não vejo qualquer motivação para se acolher à arguição de nulidade da autuação.

Quanto às decisões do STJ trazidas pelo recorrente, verifica-se que são decisões com base no Decreto-Lei nº 406/68, portanto antes da promulgação da Lei Complementar nº 87/96.

No mérito, a Decisão recorrida não merece qualquer reforma, pois inclusive o fato que motivou a autuação foi confessado pelo autuado/recorrente. O estabelecimento baiano registra os recebimentos de vendas (pagamentos) a consumidor final - como comprovam os Boletins de Caixa, cujas cópias estão apensadas nos anexos I, II e III dos autos, sendo lançadas nos ECF como dados não fiscais, sob a rubrica de “Totalizadores não Fiscal” e sem a devida emissão do Cupom Fiscal. Em seguida, envia os chamados “Pedidos de Vendas” para sua matriz em São Paulo, que envia as mercadorias diretamente ao comprador com nota fiscal emitida pelo estabelecimento paulista. Com esse procedimento, além de desobediência a toda a legislação tributária acima

exposta, as vendas estão devidamente concretizadas e pagas, lançadas nos ECF como dados não fiscais, sob a rubrica de “Totalizadores não Fiscal” e sem a devida emissão do Cupom Fiscal, deixando os Caixas diariamente descobertos, com recebimentos sem o correspondente documento fiscal.

Por fim, em relação à afirmativa do recorrente, de que a multa aplicada não pode ser exigida, pois não cometeu nenhuma infração às leis tributárias, ressalto que provado o cometimento do ilícito fiscal, a multa é exigida como dispõe o art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 129712.0008/07-7, lavrado contra **ESTOK COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. (TOK & ESTOK)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.529.914,34**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS