

**A. I. Nº** - 110526.0122/02-8  
**AUTUADO** - MABESA DO BRASIL S/A (MPC NORDESTE S/A)  
**AUTUANTE** - ANTÔNIO ARAÚJO AGUIAR  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 12.12.02

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0417-02/02**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS RELACIONADAS NA PORTARIA Nº 270/93 (ABSORVENTES HIGIÊNICOS E FRALDAS). EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas transferências interestaduais de mercadorias a estabelecimentos do mesmo grupo, não se aplicará a substituição tributária, cabendo ao destinatário a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, quando efetuar a saída da mercadoria. Descaracterizada a infração, em face da comprovação de que a operação refere-se a transferência interestadual entre estabelecimentos do mesmo grupo. Aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, por ter consignado no documento fiscal a razão social da empresa incorporada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 03/02/2002, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência do valor de R\$ 6.755,97, mais a multa de 60%, sob acusação de falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na entrada no território baiano, na qualidade de sujeito passivo por substituição, conforme Portaria nº 270/93, referente à aquisição de mercadorias (absorventes e fraldas diversas), provenientes do Estado de São Paulo através da Nota Fiscal nº 089123 emitida pela firma Mabesa do Brasil Ltda. (doc. fl. 07).

Foi dado como infringido o artigo 125, inciso II, alínea “c”, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, com aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

A empresa Mabesa do Brasil S/A na condição de incorporadora da MPC Nordeste S/A, por seu procurador legalmente constituído, interpõe recurso às fls. 16 a 21, onde argui a improcedência da ação fiscal com base na Cláusula Quinta do Convênio ICMS nº 81/93, reiterada no artigo 375, inciso I, do RICMS/97, sob alegação de que não é cabível a substituição tributária na operação que destine mercadoria a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria.

Argumenta ainda que não se aplica a antecipação prevista na Portaria nº 270/93, pois tanto o remetente como o destinatário são fabricantes dos produtos objeto da autuação, e se sujeitam às regras da substituição tributária em relação às operações, conforme previsto no artigo 355, inciso II, do RICMS/97.

O defendente alega que a operação em lide não foi de venda, e sim de transferência, haja vista que o destinatário da mercadoria foi incorporado pela Mabesa do Brasil S/A, conforme alteração registrada na Junta Comercial do Estado da Bahia em 20/02/02 através de Décimo Primeiro Instrumento

Particular de Alteração Contratual, datado de 30/11/01. Entende que nessa situação, é cabível o disposto na Cláusula Quinta do Convênio ICMS nº 81/93, reiterada no artigo 375, inciso I, do RICMS/97.

Prosseguindo, o defendente invoca o artigo 353, inciso II, itens 13.5 e 13.6.7, do RICMS/97, com o fito de mostrar que figura como sujeito passivo por substituição, pois as mercadorias são absorventes higiênicos e fraldas descartáveis, e que o ICMS relativo às operações subseqüentes foi retido e destacado nas notas fiscais de vendas subseqüentes, e que caso não seja julgada procedente a sua impugnação, implicará na cobrança do imposto em duplicidade.

Considera a multa de 60% incabível e inconstitucional, por entender que não mantém qualquer proporcionalidade com a eventual falta cometida. Cita os artigos 5º, XXII, e 150, IV, da Constituição Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1075, decisão do STF e doutrina.

Por fim, requer a improcedência da autuação.

Na informação fiscal às fls. 39 a 43, o autuante sustenta que as mercadorias adquiridas pelo autuado referem-se a absorventes e fraldas, e estão sujeitas ao pagamento antecipado do imposto no primeiro posto fiscal do trajeto das mercadorias, conforme previsto no inciso VII do artigo 1º da Portaria nº 270/93, em razão do Estado de origem (São Paulo) ter denunciado ao Convênio ICMS nº 76/94 (Ato COTEPE nº 15/97), bem como, o estabelecimento não possuir regime especial.

O preposto fiscal ressalta como inadmissível que seja acatado o argumento defensivo de recolhimento do imposto por ocasião das vendas dos produtos, por representar uma ação intempestiva da arrecadação do tributo devido. Invoca os §§ 1º e 5º, do artigo 911 do RICMS/97, para mostrar que a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente, e que não é cabível corrigir o trânsito irregular de mercadorias com a ulterior apresentação da documentação fiscal.

## **VOTO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do autuado, na condição de empresa adquirente estabelecida no Estado da Bahia, e não possuidor de regime especial, o imposto devido por antecipação tributária, na entrada no território baiano, na qualidade de sujeito passivo por substituição, conforme Portaria nº 270/93, referente à aquisição de absorventes e fraldas diversas provenientes do Estado de São Paulo através da Nota Fiscal nº 089123 emitida pela firma Mabesa do Brasil Ltda. (doc. fl. 07).

Na defesa fiscal, o defendente alega que a operação constante na nota fiscal que serviu de base à autuação trata-se de transferência interestadual entre estabelecimentos do mesmo grupo, e nessa situação, a responsabilidade pela retenção e recolhimento recai sobre o estabelecimento destinatário quando efetuar a saída da mercadoria com destino a empresa diversa, nos termos da Cláusula Quinta do Convênio ICMS nº 81/93, reiterada no artigo 375, inciso II, do RICMS/97.

Considerando que o Estado de São Paulo denunciou o Convênio ICMS 76/94, que as mercadorias realmente estão relacionadas na Portaria nº 270/93 e que o autuado não possui regime especial, seria devido o pagamento do imposto, por antecipação tributária, na entrada da mercadoria no território baiano.

Contudo, conforme consta às fls. 24 a 34, a destinatária (MPC Nordeste S/A), foi incorporada pela Mabesa do Brasil S/A, conforme cópias do Décimo Primeiro Instrumento Particular de Alteração Contratual, datado de 30/11/01, e registrado na Junta Comercial do Estado da Bahia – JUCEB em 20/02/02. Desse modo, a operação de saída consignada no documento fiscal que dá suporte à autuação, realmente pode ser considerada como de transferência entre o estabelecimento localizado no Estado de São Paulo e o estabelecimento em Simões Filho, pois tal operação ocorreu após a referida incorporação.

De acordo com o artigo 375, incisos I e II, do RICMS/97, *in verbis*:

“Art.375. Não se aplica a substituição tributária, nas operações interestaduais:

I – sendo as mercadorias destinadas a sujeito passivo por substituição relativamente à mesma espécie de mercadoria (Conv. ICMS 96/95);

II – tratando-se de transferência para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento destinatário, quando efetuar a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.”

Portanto, tendo em vista que a operação que foi objeto do lançamento trata-se de transferência para outro estabelecimento, não varejista, por força de incorporação do destinatário pela Mabesa do Brasil S/A, concluo que o autuado não estava obrigado a efetuar a antecipação tributária na entrada da mercadoria no território baiano, mas, sim, quando efetuar a saída das mercadorias com destino a empresa diversa.

Contudo, tenho a observar no caso presente, a ocorrência de descumprimento de obrigação acessória, pois a empresa MPC Nordeste S/A foi incorporada pela Mabesa do Brasil S/A desde 07.05.99, com alteração no cadastro fazendário em 21.05.99, e até a data da autuação continuou consignando no documento fiscal a razão social da empresa incorporada. Nesta circunstância impõe-se a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 7.753/00.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **110526.0122/02-8**, lavrado contra **MABESA DO BRASIL S/A (MPC NORDESTE S/A)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$40,00**, prevista no art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 7.753/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR