

A. I. Nº - 206956.0005/02-2  
AUTUADO - MPC NORDESTE S.A. (MABESA DO BRASIL S.A.)  
AUTUANTE - PAULO APARECIDO ROLO  
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO  
INTERNET - 02. 12. 2002

#### 4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0423-04/02

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA RELACIONADA NA PORTARIA Nº 270/93. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas transferências interestaduais destinadas a estabelecimento não varejista e pertencente ao 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. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/04/02 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$ 7.543,70, em decorrência da falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, na entrada no território baiano, nas aquisições interestaduais de mercadorias arroladas na Portaria nº 270/93.

A Mabesa do Brasil S.A., incorporadora da MPC Nordeste S.A., interpôs defesa ao lançamento e explicou que, em 12/04/02, vendeu fraldas (classificação fiscal 4818401) a MPC Nordeste S.A., tendo sido o ICMS próprio destacado à alíquota de 7%, tudo conforme a Nota Fiscal nº 92026 (fl. 9).

O defendente alega que tanto o remetente como o destinatário das mercadorias são produtores de fraldas, fato que elide a exigência de retenção e recolhimento do imposto, uma vez que o Convênio ICMS 81/93 prevê que não se aplicará a substituição tributária nas operações destinadas a sujeito passivo por substituição tributária da mesma mercadoria. Aduz que o art. 375, I, do RICMS-BA/97, cujo teor transcreve, dispõe que a substituição tributária não se aplicará quando o destinatário da mercadoria for sujeito passivo por substituição.

Após salientar que o art. 353, II, do RICMS-BA/97, prevê que não se aplicará o disposto na Portaria nº 270/93 quando o destinatário da mercadoria for fabricante do produto e estiver sujeito à substituição tributária, o defendente assevera que, de acordo com o art. 353, II, 13.6.7, do RICMS-BA/97, o destinatário das mercadorias é sujeito passivo por substituição tributária. Assegura que a operação em lide obedeceu a todos os requisitos legais previsto, sendo o ICMS relativo às operações subsequentes retido pela MPC Nordeste, na condição de substituto tributário. Para embasar sua tese, transcreve os citados dispositivos regulamentares.

O defendente alega que a operação em lide não foi de venda e sim, de transferência, haja vista que o destinatário da mercadoria (MPC Nordeste S.A.) foi incorporado pela Mabesa do Brasil Ltda., sendo a alteração registrada na Junta Comercial do Estado da Bahia, em 20/02/02. Segundo o defendente, nessa situação, é cabível o previsto na Cláusula quinta, II, do Convênio ICMS 81/93, e no art. 375, II, do RICMS-BA/97, cujos teores transcreve.

Diz que, se o presente lançamento for julgado procedente, haverá díplice pagamento do imposto, haja vista que o autuado já havia efetuado o pagamento do ICMS – ST relativo às operações subseqüentes, por ocasião das saídas das mercadorias.

Alega que a multa de 60% é incabível, ilegal, inconstitucional e 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.

Ao final, solicita o cancelamento do Auto de Infração ou o expurgo da multa indicada.

Na informação fiscal, o autuante alega que o Estado de São Paulo não é mais signatário do Convênio ICMS 76/94 e que a mercadoria em questão (fralda) está arrolada na Portaria nº 270/93. Em consequência, o imposto deve ser recolhido, por antecipação tributária, na primeira repartição fazendária do percurso, neste Estado. Transcreve o art. 1º, VII, da Portaria nº 270/93.

Afirma que a ação fiscal está de acordo com a legislação tributária e que o trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação do documento fiscal. Cita dispositivos do Convênio ICMS 81/93 e do RICMS-BA/97. Pede a procedência da autuação.

## VOTO

O autuado, localizado no Estado da Bahia e não possuidor de regime especial, recebeu mercadoria sujeita à substituição tributária e arrolada na Portaria nº 270/93, proveniente do Estado de São Paulo, conforme comprovam o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 152577.0041/02-0 (fls. 5 e 6) e a Nota Fiscal nº 92026 (fl. 9).

Tendo em vista que o Estado de São Paulo denunciou o Convênio ICMS 76/94 e que a mercadoria (fralda) estava enquadrada no regime de substituição tributária e arrolada na Portaria nº 270/93, em princípio, o imposto deveria ter sido pago, por antecipação tributária, na entrada da mercadoria no território baiano.

Todavia, conforme o documento de fls. 25 a 35, o autuado (MPC Nordeste S.A.) foi incorporado pela Mabesa do Brasil Ltda. (remetente da mercadoria), tendo sido a alteração contratual registrada na Junta Comercial do Estado da Bahia em 20/02/02, portanto antes do início da operação que foi objeto do presente lançamento. Assim, a saída consignada na Nota Fiscal nº 92026 trata de uma transferência ocorrida entre a filial localizada no Estado de São Paulo e a matriz situada em Simões Filho – BA.

Na situação acima descrita, por força do disposto no art. 375, II, do RICMS-BA/97, não se fará a antecipação tributária, pois se trata de uma transferência interestadual destinada a um estabelecimento industrial não varejista, o qual ficará responsável pela retenção e recolhimento do imposto, quando efetuar a saída da mercadoria do seu estabelecimento, se for o caso.

Em face do comentado acima, na operação que foi objeto do lançamento, o autuado não estava obrigado a efetuar o pagamento do imposto, por antecipação tributária, na entrada da mercadoria no território baiano. Portanto, a infração não ficou caracterizada.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206956.0005/02-2, lavrado contra MPC NORDESTE S.A. (MABESA DO BRASIL S.A.).

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

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANSELMO LEITE BRUM - JULGADOR