

A. I. Nº - 110526.0147/02-0  
AUTUADO - MABESA DO BRASIL S/A (M P C NORDESTE S/A)  
AUTUANTE - ANTÔNIO ARAÚJO AGUIAR  
ORIGEM - I F M T – D A T / METRO  
INTERNET - 23.12.02

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0458-02/02**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS RELACIONADAS NA PORTARIA 270/93 (ABSORVENTES HIGIÉNICOS E FRALDAS). EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatou-se que se trata de transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos industriais do mesmo grupo, e por isso, não deve ser aplicada a substituição tributária, haja vista que ao destinatário é atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto quando for realizada a saída subsequente da mercadoria. Descaracterizada a infração. Aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, por ter consignado no documento fiscal a razão social de empresa incorporada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 18/03/2002, refere-se a exigência de R\$6.234,65 de imposto, mais multa, tendo em vista que foram constatadas mercadorias enquadradas na Portaria 270/93, adquiridas de outros Estados, sem o recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso, referente à Nota Fiscal de nº 90946, fls. 10/11 do PAF.

O autuado alega em sua defesa que as mercadorias comercializadas são produtos farmacêuticos, e tanto a remetente (Mabesa do Brasil 8\*), quanto a destinatária (MPC Nordeste) produzem absorventes e fraldas, que a MPC Nordeste S/A foi incorporada pela Mabesa do Brasil Ltda., e por isso não deve haver a substituição tributária nas operações de transferência entre as unidades. E só este fato já elidiria a exigência da retenção e recolhimento do imposto em decorrência da Cláusula Quinta do Convênio 81/93. Citou os arts. 353, 355, II e 375 do RICMS/97. Argumentou que a operação atendeu a todos os requisitos legais previstos para a operação, considerando que o ICMS relativo às operações subsequentes realizadas pela MPC Nordeste como substituta tributária, foi retido e destacado nas notas fiscais de vendas subsequentes. Disse que se o Auto de Infração for julgado procedente o autuado terá que arcar duplamente com o pagamento do imposto, por já ter efetuado o pagamento do ICMS – ST, relativo às operações subsequentes, por ocasião da saída das mercadorias. Destacou ainda, que a fiscalização cobrou o ICMS antecipado em relação à totalidade dos produtos constantes na nota fiscal objeto da autuação fiscal, tendo em vista que a referida nota fiscal continha produtos não sujeitos à substituição tributária, a exemplo de lenços umedecidos. Foi contestada também a multa aplicada, sob o argumento de que as operações atenderam a todas as normas estabelecidas, fazendo constar todos os dados necessários, com o pagamento de todos os impostos devidos. Por isso, entende que a multa de 60% sobre o valor do imposto é incabível, e que a exigência além de ilegal é constitucional. Citou o art. 150 da Constituição Federal, e ensinamentos de Ângela Maria da Motta Pacheco. Por fim, requer o

cancelamento do Auto de Infração, e quando menos, requer sejam excluídos os valores pertinentes ao imposto cobrado sobre lenços umedecidos (refil) e a multa aplicada.

O autuante apresentou informação fiscal, dizendo que o autuado adquiriu através da Nota Fiscal de nº 90.946, mercadorias que figuram na Portaria 270/93, estando sujeitas à antecipação tributária. Citou o art. 1º, inciso VIII da mencionada Portaria, destacando também o Convênio 81/93, ressaltando que o contribuinte que não possui Regime Especial, como é o caso do autuado, o pagamento do imposto é devido no primeiro posto do trajeto, o que não ocorreu. Citou os arts. 911 e 915 do RICMS /97, ressaltando que é inconcebível aceitar a atitude do autuado de requerer o recolhimento do ICMS devido, destacado nas operações de saídas por ocasião das vendas dos produtos, ocorrendo uma ação intempestiva de arrecadação de imposto. Por fim, opinou pela procedência do Auto de Infração, por entender que está evidente a infração cometida pelo autuado.

## VOTO

O Auto de Infração trata de falta de pagamento de ICMS referente a antecipação tributária nas aquisições interestaduais de absorventes higiênicos e fraldas diversas, mercadorias provenientes do Estado de São Paulo, e enquadradas no regime de substituição tributária, conforme Portaria 270/93, referente à Nota Fiscal nº 90946, emitida pela firma Mabesa do Brasil Ltda., fls. 10/11 dos autos.

Foi alegado nas razões de defesa que a operação atendeu a todos os requisitos legais previstos para a operação, considerando que o ICMS relativo às operações subsequentes realizadas pela MPC Nordeste como substituta tributária, foi retido e destacado nas notas fiscais de vendas subsequentes, ressaltando que a MPC Nordeste S/A foi incorporada pela Mabesa do Brasil Ltda., e por isso não deve haver a substituição tributária nas operações de transferência entre as unidades.

Considerando que a Portaria nº 270, de 22/06/93, estabelece que deve ser recolhido o tributo por antecipação no posto de fronteira, relativamente às mercadorias relacionadas, sendo incluídos os produtos farmacêuticos, e que o autuado não possui Regime Especial, seria devido o pagamento do imposto por antecipação, conforme apurado no Auto de Infração.

Entretanto, está comprovado nos autos que a MPC Nordeste S/A foi incorporada pela Mabesa do Brasil Ltda., e a incorporadora sucede a incorporada em todos os seus direitos e obrigações, haja vista que o contribuinte anexou aos autos xerocópia autenticada do Décimo Primeiro Instrumento Particular de Alteração Contratual, datado de 30/11/2001, registrado na Junta Comercial do Estado da Bahia em 20/02/2002, fls. 25 a 35 do PAF.

Observo que a incorporação é uma das formas de extinção de uma empresa, tendo em vista que a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Pode ser operada em empresas de tipos iguais ou diferentes e deverá ser deliberada na forma prevista para a alteração dos respectivos estatutos ou atos constitutivos das sociedades.

De acordo com o art. 375, incisos I e II do RICMS/97, não se aplica a substituição tributária nas operações interestaduais:

- a) tratando-se de mercadorias destinadas ao sujeito passivo por substituição, relativamente à mesma espécie de mercadoria;
- b) nas transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, ficando a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto por conta

do estabelecimento destinatário, quando efetuar a saída subsequente com destino a empresa diversa.

Assim, considerando que a operação objeto da autuação se refere a transferência para outro estabelecimento, não varejista, do sujeito passivo em decorrência da incorporação comprovada nos autos, entendo que a antecipação tributária é devida somente na saída das mercadorias para empresa diversa, conforme estabelecido na legislação, e por isso, não está caracterizada a infração apontada no Auto de Infração.

Entretanto, constata-se que houve descumprimento de obrigação acessória pelo autuado, haja vista que a empresa MPC Nordeste S/A foi incorporada pela Mabesa do Brasil Ltda., constando inclusive no cadastro desta SEFAZ, e mesmo assim, foi consignado no documento fiscal a razão social da empresa incorporada, e de acordo com o art. 157 do RPAF/99, no caso de insubsistência de infração quanto à obrigação principal, sendo comprovado o cometimento de infração à obrigação acessória, é cabível aplicação de multa. Por isso, entendo que é devida a multa de R\$40,00, conforme previsto no art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 7.753/00.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, haja vista que houve cometimento de infração à obrigação acessória vinculada à imputação, sendo devida a multa de R\$40,00.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110526.0147/02-0**, lavrado contra **MABESA DO BRASIL S/A (M P C 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 XII, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 7.753/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2002.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR