

A. I. N° - 110526.0144/02-1
AUTUADO - MPC NORDESTE S/A (MABESA)
AUTUANTE - ANTONIO ARAUJO AGUIAR
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 27/03/2003

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0079-03/03

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FRALDAS DESCARTÁVEIS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não se aplica o disposto na Portaria nº 270/93, que prevê o pagamento do tributo por antecipação, no posto de fronteira, haja vista que a situação se enquadra na hipótese de exclusão da antecipação tributária prevista no art. 355, II do RICMS/97. Infração descaracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 05/03/2002, no qual se exige ICMS no valor de R\$ 5.199,66 e multa de 60%, foi lavrado em decorrência da aquisição de mercadorias enquadradas na Portaria 270/93, procedentes de outros Estados, sem o recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, referente à Nota Fiscal nº 090512.

O autuado, tempestivamente, ingressa com defesa, fls. 17 a 23 e impugna a autuação com base nos seguintes argumentos:

1. Que os dispositivos constantes do RICMS/97, especificamente o art. 125, II, "c", e a Portaria 270/93, não se aplicam à presente operação, pois as mercadorias comercializadas na presente nota fiscal, são produtos farmacêuticos, mais especificamente, absorventes e fraldas (classificação fiscal nº 4818401 e 4818402), e tanto a remetente das mercadorias (Mabesa do Brasil), quanto a destinatária (MPC Nordeste, à época), produzem absorventes e fraldas.
2. Somente o fato acima já elidiria a exigência da retenção e recolhimento do imposto, em decorrência da Cláusula Quinta do Convênio 81/93, que trata das normas gerais pertinentes a regimes de substituição tributária, que prevê a não aplicação da substituição tributária nas operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição tributária da mesma mercadoria, e a Bahia é signatária deste Convênio.
3. Que no RICMS/97 existe disposição expressa acerca da não aplicação do regime nesses casos, a teor do art. 375, I. Também o disposto no art. 355, II, do mesmo diploma regulamentar, ratifica que à aquisição efetuada pela MPC Nordeste não se aplica a antecipação do imposto prevista na Portaria 270/93, em virtude da destinatária das mercadorias ser fabricante dos produtos adquiridos, e se sujeitar às regras da substituição tributária em relação às operações subseqüentes, com a retenção do imposto.
4. Diz que a destinatária das mercadorias é sujeito passivo por substituição tributária, conforme disposição expressa do art. 353, II, 13.6.7 do RICMS/97, e que o ICMS relativo às operações subseqüentes, realizadas pela MPC Nordeste, como substituta tributária, foi retido e destacado nas notas fiscais de vendas subseqüentes.

5. Informa que a MPC Nordeste S/A foi incorporada pela Mabesa do Brasil Ltda, tendo sido registrada a alteração cadastral perante a Junta Comercial em 20/02/2002, portanto a partir desta data as operações não eram mais de venda, e sim de transferência, cabendo a aplicação do disposto no art. 375, II, do RICMS/97
6. Destaca que a fiscalização cobrou o ICMS antecipado em relação à totalidade dos produtos constantes na nota fiscal em comento, inclusive lenços umedecidos que não estão sujeitos à substituição tributária.
7. Reclama da multa aplicada entendendo-a inconstitucional, pois com efeito de confisco.

O autuante presta informação fiscal, fls. 42 a 46 e reafirma que o autuado adquiriu 1.800 fardos de absorventes e fraldas diversas, que figuram na Portaria 270/93, como sujeitos à antecipação tributária, uma vez que o Estado de origem desses produtos (São Paulo), não é signatário do Convênio ICMS 76/94 (Ato Cotepe nº 15/97). Opina pela procedência do Auto de Infração.

Em 19 de novembro de 2002, o autuado foi cientificado de que sua defesa foi arquivada, pois teria como data limite para sua apresentação 20/09/2002, e a protocolizou em 25/09/2002, considerando a data da ciência do Auto de Infração 21/08/2002.

O autuado, cientificado da decisão acima, ingressou com recurso ao arquivamento da defesa, fls. 58 a 60, no qual a Douta PROFAZ manifestou-se à fl. 68, entendendo não haver fundamento para o acolhimento do pedido da recorrente.

Contudo, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, proveu o recurso, considerando que a intimação de fl. 13, refere-se a “Termo de Intimação para Pagamento”, e não pode atribuir-se a ciência do Auto de Infração como sendo em 21/08/2002, data do aviso de recebimento, já que é a própria SEFAZ quem informa que o não pagamento implicará na lavratura do Auto de Infração.

O autuado cientificado da decisão acima não se manifestou.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado no trânsito de mercadorias, em razão da falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, na primeira repartição fazendária do percurso, referente às mercadorias (lenços umedecidos e fraldas descartáveis), constantes na Nota Fiscal nº 090512, sendo que fraldas descartáveis estão, efetivamente, enquadradas na Portaria 270/93 e procedentes do Estado de São Paulo.

Verifica-se, que as mercadorias foram remetidas pela empresa MABESA DO BRASIL LTDA, situada na Av. King 93, César de Souza, Mogi das Cruzes – São Paulo, unidade da Federação não mais signatária, à época dos fatos geradores aqui ocorridos, do Convênio ICMS 76/94, Ato Cotepe 15/97, que trata do regime de substituição tributária nas operações interestaduais de produtos farmacêuticos.

Nesta situação, aplica-se o art 371 do RICMS/97, “nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, (...) o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação...”

Em 23/06/93, foi publicada a Portaria nº 270/93, que tornou obrigatória a antecipação do pagamento do imposto, na primeira repartição fazendária do percurso, pelos contribuintes adquirentes de outras unidades da Federação, de determinadas mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária e relacionadas na Portaria, exceto quando fosse concedido Regime Especial para pagamento em data posterior, o que não é o caso dos autos.

Os produtos farmacêuticos, listados na Cláusula primeira do Convênio ICMS 76/94, dentre eles fraldas descartáveis ou não, posição 4818, 5601, 6111 e 6209, foram acrescentados à Portaria 270/93, através da Portaria nº 141/94, publicada em 13/04/94, e ambas foram recepcionadas pelo RICMS/96 e RICMS/97 e estão vigentes até a presente data.

Ressalto que lenços umedecidos, mercadorias constantes da nota fiscal que gerou a presente autuação, não se encontram entre os produtos listados na Portaria 270/93, nem estão enquadrados na substituição tributária, portanto deveriam ser excluídos da presente autuação.

Contudo, na presente situação, verifica-se que se trata de uma operação de venda interestadual em que o remetente é um estabelecimento industrial e o destinatário estava, até 24/05/2002, também inscrito no Cadastro de Contribuintes deste Estado, como Fabricante de Fraldas Descartáveis, as mesmas mercadorias constantes da mencionada nota fiscal nº 090512, emitida em 01/03/2002, fl. 10. Nesta situação aplica-se a regra prevista no art. 355, II, do RICMS/97:

Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

.....

II – a outro contribuinte ao qual a legislação atribua a condição de responsável pelo pagamento do imposto por substituição, em relação à mesma mercadoria, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subsequentes.

Deste modo, entendo que não cabe a cobrança do ICMS na primeira repartição de fronteira, haja vista que as mercadorias são destinadas a contribuinte que deverá efetuar a retenção do imposto nas operações internas subsequentes que realizar.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110526.0144/02-1**, lavrado contra **MPC DO NORDETE S/A (MABESA)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR