

PROCESSO - A.I. Nº 299164.0566/03-2
RECORRENTE - KALYDA COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0368-03/03
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 05.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0652-11/03

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS. VENDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. IMPOSTO NÃO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. O remetente, sendo o industrial fabricante, é o responsável pela retenção e recolhimento do imposto, nas vendas para contribuintes neste Estado, conforme cláusula primeira do Convênio ICMS nº 76/94. Infração caracterizada. As razões expendidas no recurso interposto pelo sujeito passivo, não modificam a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão prolatada no Acórdão nº 0368-03/03 da 1ª Instância (3ª Junta de Julgamento Fiscal), em que julgou Procedente o Auto de Infração acima indicado, lavrado em no trânsito de mercadorias, em 03/05/2003, com a exigência de ICMS no valor de R\$267,61 e multa de 60%, em razão da falta de retenção e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Na Decisão recorrida o Auto de Infração foi julgado Procedente, onde foi considerado que em se tratando de falta de retenção e recolhimento do imposto, relativo a mercadoria substituída, em que o Estado remetente é signatário do Convênio nº 76/94, de acordo com a Cláusula Primeira do referido convênio, fica o mesmo obrigado a promover o referido recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, porque com base na citada cláusula, é do industrial fabricante a responsabilidade pela retenção. E o relator observou ainda que embora a razão social do autuado conste como comércio, o mesmo realiza uma atividade industrial, e nesse caso, é o responsável por substituição pelos contribuintes deste Estado.

A relatora da 3ª Junta de Julgamento Fiscal prolatou o seguinte voto:

“Trata-se de Auto de Infração, no qual está sendo exigido o imposto em decorrência da falta de retenção e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, de acordo com o Convênio ICMS nº 76/94, e sucedâneos.

O citado Convênio ICMS nº 76/94, do qual o Estado remetente das mercadorias é signatário (Paraná), estabelece na Cláusula Primeira :

*Cláusula primeira: Nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, **fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante**, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário. (grifo nosso)*

Depreende-se da leitura do dispositivo acima que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, nas operações com os produtos “pasta dentifrícia”, é do estabelecimento importador ou do industrial fabricante, sendo que o autuado exerce a atividade econômica de “Indústria Transformação – Fabricação de Artigos de Perfumaria e Cosméticos”, conforme consta no Cadastro do Estado do Paraná, tendo iniciado suas atividades em 01/12/1998.

Portanto, embora conste na nota fiscal a razão social da empresa autuada, como “Kalyda Comércio de Produtos de Higiene Ltda., sua atividade econômica é de indústria, conforme dados coletados no SINTEGRA/ICMS, e deste modo, é o responsável pela retenção e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, do ICMS relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, consoante o Convênio ICMS nº 76/96, do qual o Estado do Paraná é signatário.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O sujeito passivo, através de seus representantes legais, interpôs Recurso Voluntário, às fls.33 a 38 dos autos, quando cientificado da Decisão quanto a Procedência do Auto de Infração, mediante o Acórdão prolatado na 1ª Instância, onde se diz inconformado com o julgamento, e aduziu as seguintes razões:

1. que as mercadorias objeto do reclame estão amparadas pela substituição tributária, e por isso entende que não poderia exigir imposto, porque nas etapas subsequentes não será devido o ICMS;
2. aduz que o CONSEF julgou Procedente o Auto de Infração tomando por base os dados do SINTEGRA/ICMS, tendo em vista que a empresa situada no Paraná exerce atividade de Indústria de Transformação Fabricação de Artigos de Perfumaria e Cosméticos;
3. Afirma que estando as mercadorias ao abrigo do instituto da substituição tributária, tendo as mercadorias sido adquiridas no estabelecimento industrial da empresa COLGATE/PALMOLIVE IND E COMÉRCIO LTDA., já foi feita a retenção do imposto, e que tanto é verdade que o código de operação é o previsto para estabelecimento industrial;
4. alega que o fato de constar no cadastro do autuado que a sua atividade é industrial, e portanto, que é devido o imposto na operação subsequente, considera que entendendo dessa forma estará sendo exigido o imposto em duplicidade;
5. assevera que a consulta junto ao SINTEGRA, feita pelos autuantes não tem respaldo fático, e nem qualquer fundamento legal:

6. diz que nunca fabricou ou fabrica os produtos que comercializa, e que adquire os mesmos na COLGATE/PALMOLIVE, e que esse seria o estabelecimento responsável pela retenção e recolhimento do imposto.
7. cita o art. 150, § 7º da Constituição Federal e o art. 128 do CTN, que tratam da possibilidade da lei atribuir a responsabilidade pelo pagamento do imposto a uma terceira pessoa vinculada ao fato gerador, e que no caso em questão, entende que seria o estabelecimento industrial.

Conclui a peça recursal requerendo a insubsistência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS analisando as razões alegadas pelo autuado, manifestou-se no Parecer exarado às fls. 43 e 44 dos autos, no sentido de que a substituição tributária dos produtos de que tratam o Convênio nº 76/94, encerram o ciclo de tributação nas operações posteriores dentro do Estado adquirente. E considerou que ainda que o autuado tenha adquirido o produto com retenção do ICMS, este fato não ficou provado nos autos. Acrescenta que sendo o autuado fabricante ou não do produto “creme dental colgate”, é obrigado a fazer a substituição tributária do ICMS devido ao Estado da Bahia, por está localizado em Estado signatário do Convênio nº 76/94.

Concluiu o Parecer opinando pela manutenção da Decisão de 1ª Instância e pelo Não Provitimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Da análise dos elementos constantes dos autos, verifico que a exigência fiscal objeto da lide decorre da falta de retenção e do conseqüente recolhimento do imposto estadual pelo sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes na venda para contribuinte situado neste Estado, sendo as mercadorias remetidas por empresa situada no Estado do Paraná, que é signatário do Convênio nº 76/94, e que nesta condição foi atribuído ao industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e o recolhimento do ICMS devido na operação, ao teor da Cláusula Primeira do aludido convênio.

Ainda, segundo o que determina a Cláusula Terceira, a alíquota a ser aplicada sobre a base de cálculo prevista na Cláusula Segunda será a vigente para as operações internas na unidade da Federação de destino das mercadorias.

Observo que a tese do recorrente concentra-se no argumento de que sendo operação com mercadoria ao abrigo da substituição tributária o imposto já teria sido pago relativamente às operações subsequentes. Ocorre que não prevalece tal argumento, face às disposições contidas nas cláusulas acima referidas, e o recorrente não apresenta qualquer comprovação de recolhimento feito para a unidade da Federação de destino, in casu, o Estado da Bahia. De outro modo dúvida não há de que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é de inteira responsabilidade do industrial fabricante da mercadoria, uma vez que a empresa remetente está situada em estado signatário do Convênio supracitado, e neste caso deveria a mercadoria está acompanhada da GNRE com o ICMS recolhido a favor deste Estado.

Assim, dúvida não há quanto à responsabilidade do recorrente pela retenção e recolhimento do tributo. De sorte que não apresentando a prova de que recolheu o imposto relativamente à operação de venda da mercadoria constante na Nota Fiscal nº 20676 de 29/04/03, acostada à fl. 9 dos autos, os argumentos de que se utiliza na peça recursal, não têm o condão de elidir a autuação e assim, não se prestam a modificar a Decisão recorrida.

Devo salientar que se o remetente da mercadoria estivesse situado em Estado não signatário do supracitado Convênio nº 76/94, a exigência fiscal recairia sobre o adquirente, pois o recolhimento deveria ser efetuado no primeiro posto de fronteira do percurso da mercadoria, conforme dispõe o art. 125, II, “c” do RICMS/97, por se tratar de mercadoria prevista na Portaria nº 270/93 do Secretário da Fazenda, e conforme previsto no art. 353, inciso II, item 13.9, do mesmo Regulamento. Contudo, não é o caso, uma vez que o recorrente está situado no Estado do Paraná, cujo Estado subscreveu o aludido convênio.

Por todo o exposto, e em consonância à manifestação da PGE/PROFIS, que considera o recorrente responsável pela retenção e pagamento do imposto na operação de venda de mercadoria para a Bahia, no caso em questão, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida e homologá-la.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **299164.0566/03-2**, lavrado contra **KALYDA COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$267,61** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS