

A. I. N° - 210943.0062/09-6  
AUTUADO - USINA FORTALEZA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MASSA FINA LTDA.  
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE  
ORIGEM - IFMT METRO  
INTERNET - 12/04/2012

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N°0060-03/12.**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INCERTEZA DO DÉBITO APURADO. Foram constatados equívocos nos valores constantes nos campos destinados ao valor histórico do Auto de Infração em confronto com o débito apurado pelo autuante. É nulo o lançamento de ofício que não contiver elemento suficiente para determinar, com segurança, a infração e o infrator. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 20/12/2009, refere-se à exigência de R\$1.830,24 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela falta de retenção do ICMS nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. O autuado não reteve o ICMS por substituição tributária relativo às operações subsequentes a serem promovidas pelos destinatários das mercadorias constantes nos DANFEs de números 204 a 206 e 208.

O autuado, por meio de advogado com procuraçāo à fl. 23, apresentou impugnação (fls. 19 a 22), dizendo que a alegação do fisco para a exigência do imposto neste Auto de Infração, foi fundada no fato de entender que o autuado deveria promover a retenção do imposto por substituição tributária nas saídas de mercadorias para outros contribuintes. Diz que, verificando a legislação citada no Auto de Infração, constatou que não se trata do assunto, nem das mercadorias vendidas pelo impugnante, ou seja, o fisco autuou sem ter qualquer indicio de razão ou legalidade. Assegura que as mercadorias objeto da presente autuaçāo, não estão inclusas no regime de substituição tributária, são produtos fabricados pelo impugnante e faturados através das Notas Fiscais 000204, 000206, 000208, que têm a posição fiscal na NBM/SH – Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado, com os códigos 3214.10.20 e 3214.90.00 e são classificados como materiais de construção (argamassa). Entende que no Convênio citado pelo fisco, está previsto em seu anexo a nomenclatura do NCM/SH 3214, para produtos de tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, o que não se enquadra, nos produtos fabricados pelo impugnante. Frisa que “argamassa” não é produto impermeabilizante nem massa plástica. Portanto, assegura que os produtos objeto da lide não estão submetidos ao regime de substituição tributária de que trata o Convênio ICMS 74/94. Observa que as mercadorias vendidas são classificadas como argamassas, enquadradas como materiais de construção, por isso não correspondem à classificação enquadrada pelo fisco no Convênio ICMS 74/94. Cita a redaçāo do mencionado convênio em relação aos produtos impermeabilizantes e reafirma que a mercadoria objeto da autuaçāo não pode ser classificada como impermeabilizante, pois tem a função de colar (argamassa). Portanto, o produto comercializado não faz parte do rol dos produtos sujeitos a substituição tributária no Estado da Bahia. Também afirma que os impermeabilizantes apresentam em sua constituição certo teor de polímeros, cuja função é impermeabilizar, já o produto (argamassa) produzido pela impugnante tem função meramente colante. Diz que na enumeraçāo taxativa do artigo 353, II, não existe qualquer referência à composição do produto argamassa. O defendente afirma que cumpriu as exigências legais para a venda dos produtos, respeitando a legislação, e que o fisco autuou erroneamente, porque as notas fiscais de números 000204, 000206 e 000208, estão em conformidade com a legislação vigente, pois não estão sujeitas à Substituição Tributária. Requer a improcedência e o cancelamento do Auto de Infração, e que

seja dada ciência sobre o julgamento do PAF ao patrono do autuado, Dr. Acácio Valdemar Lorenção Júnior, OAB/SP sob o nº 105.465, com escritório na Alameda Tocantins, 75, 5º andar, Conj. 508, Alphaville, Barueri, SP, CEP 06455-020.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 40 a 42 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que o motivo da exigência do ICMS fundamenta-se nas disposições do Convênio ICMS 74/1994, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química especificadas no seu anexo único. Diz que o argumento defensivo de que a mercadoria argamassa não se enquadra nos itens VI e IX, de fato, é verdadeiro. Só os dois primeiros itens do DANFE nº 208 guardam relação com a NCM empregada pela impugnante fato que, de qualquer forma, não afasta a Substituição Tributária que é prevista, inclusive, no art. 353, II do RICMS/BA, no item 16.9. Afirma que este é o entendimento de outra grande empresa que fabrica argamassa (NCM 3214), já que a mesma, ao promover a venda de argamassa, aplica a substituição tributária, conforme se vê no DANFE nº 27080 que juntou ao PAF junto com a informação fiscal, para corroborar o entendimento apresentado. Afirma que, se for observada a descrição das mercadorias nos DANFES emitidos, percebe-se que a operação não envolve apenas argamassa como a defesa pretende fazer crer. O autuante assegura que apenas os dois primeiros itens do DANFE 208 podem ser considerados tipos de argamassa, normalmente comercializada em sacos de 15 kg ou de 20 kg, mas seria inédita a apresentação de argamassa em embalagens de 200 ml, ou seja, apresentada sob a forma líquida. Apresenta o entendimento de que as demais mercadorias descritas nas notas fiscais nada têm a ver com a NCM empregada na documentação, já que a descrição leva à conclusão lógica de que nomes comerciais do tipo ZAPT CORES GELO 200 ml só podem se referir a corantes ou pigmentação para colorir tintas. Por isso entende que o código de NCM correto a ser informado na documentação fiscal seria um dos indicados no quadro que anexou às fls. 41/42 dos autos. Salienta que os corantes e pigmentação para tintas e bases estão, incluídas no anexo único, item X, do Convênio ICMS 74/1994. Pede a procedência da presente autuação fiscal.

Intimado da informação fiscal e documentos acostados aos autos pelo autuante, o defensor manifestou às fls. 47 a 49 dos autos, aduzindo que as alegações do fisco não devem prosperar, porque o impugnante foi autuado erroneamente pelo fisco, carecendo de razões legais, o que deverá o auto de infração ser cancelado e arquivado. Afirma que de acordo com a legislação citada pelo autuante, não se trata das mercadorias vendidas pela impugnante. Quanto ao produto Zapt Cores, alega que o fisco autuou sem ter qualquer indício de razão ou legalidade. Informa que o mencionado produto não é corante nem pigmentação para colorir tintas, e que embora tenha a mesma classificação, a destinação é diferente, não é um produto a ser utilizado em tinta. Explica que em nenhum momento tentou levar o fisco a erro, mas o produto Zapt Cores não está submetido ao regime de substituição tributária. Diz que anexa aos autos (fl. 50), a ficha técnica que apresenta as características, finalidade e aplicação do produto, para melhor entendimento. Informa que o produto fabricado pelo impugnante é à base de resina acrílica com alto teor de cargas minerais que lhe permite tratá-lo como um rejuntamento líquido. O produto se difere de todos os especificados no artigo exatamente pela consistência da pasta cuja densidade é de aproximadamente 1,50g/ml. Portanto, observa que as mercadorias vendidas pelo impugnante, são classificadas como argamassas, enquadradas como materiais de construção, até mesmo o produto ZAPT CORES, por isso não corresponde à classificação enquadrada pelo fisco. Salienta que o produto ZAPT CORES não pode ser classificado como impermeabilizante nem corante ou pigmentação para colorir tintas. Portanto, o produto comercializado não faz parte do rol dos produtos sujeitos a substituição tributária no Estado da Bahia. Diz que na enumeração taxativa do artigo 353, II, não existe qualquer referência a composição do produto argamassa, portanto, o impugnante não está sujeito ao regime de substituição tributária, por isso, afirma que a presente autuação não encontra respaldo legal. Por fim, pede a improcedência e cancelamento do Auto de Infração.

À fl. 55 dos autos, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência, para que o autuante juntasse o demonstrativo referente à determinação da base de cálculo utilizada na apuração do imposto exigido, tendo em vista a possibilidade da existência nos DANFEs de mercadoria não enquadrada na Substituição Tributária. Que a Inspetoria Fiscal entregasse ao autuado de cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, com a indicação do prazo de trinta dias para o mesmo se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 57/59 dos autos, dizendo que a questão é definir se é aplicável ou não a substituição tributária sobre as mercadorias denominadas ZAPT CORES, OVER COLL, CIMENTINHO FORTALEZA e GESSO FORTALEZA. Diz que o autuado, ao se manifestar, tratou do primeiro produto e que em relação às outras três mercadorias (NCM 3214) estão sujeitas ao regime de substituição tributária. Quanto à mercadoria ZAPT CORES informa que os elementos constantes nos autos são suficientes para concluir que o mencionado produto não é pigmento utilizado na coloração de tintas, mas sim um tipo de tinta para colorir rejuntamentos de pisos e azulejos. Considerando a correta classificação do item 16.1 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA, informa que a base de cálculo atribuível às operações foi obtida abstraindo-se apenas a mercadoria com o código NCM 3402. Faz uma demonstração dos cálculos efetuados e conclui que o valor total do ICMS devido por substituição tributária é R\$1.830,23. Itens 1, 2, 3, 12 e 13 do DANFE 208; itens 10 e 11 do DANFE 205; itens 8 e 9 do DANFE 206.

À fl. 60 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal, constando Aviso de Recebimento à fl. 61, comprovando a entrega da intimação acompanhada de cópias da solicitação de diligência e da mencionada informação fiscal, tendo sido reaberto o prazo de defesa. Decorrido o prazo concedido, o defendante não se manifestou.

## VOTO

O Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta de retenção do imposto nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. O autuado não reteve o ICMS por substituição tributária relativo às operações subsequentes a serem promovidas pelos destinatários das mercadorias constantes nos DANFEs de números 204 a 206 e 208.

Na informação fiscal, o autuante apresentou o entendimento de que, somente os dois primeiros itens do DANFE nº 208 guardam relação com a NCM empregada pelo autuado, e que este fato de qualquer forma, não afasta a Substituição Tributária prevista no art. 353, II do RICMS/BA.

O autuante também apresentou o entendimento de que as mercadorias objeto da autuação poderiam estar enquadradas no art. 353, inciso II do RICMS/97, que estaria de acordo com os seguintes itens/subitens:

**16** - tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, solventes, essências de terebintina, secantes, catalisadores, corantes e demais mercadorias da indústria química a seguir especificadas, obedecida a respectiva codificação segundo a NCM (Conv. ICMS 74/94):

...

**16.6** - produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas e adesivos - 2707, 2713, 2714, 2715.00.00, **3214**, 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807;

...

**16.9** - indutos, mástiques, massas para acabamento, pintura ou vedação – **3214**, 3506, 3909, 3910;

Na informação fiscal às fls. 57/59 dos autos, o autuante disse que a questão é definir se é aplicável ou não a substituição tributária sobre as mercadorias objeto da autuação. Fez uma demonstração

dos cálculos efetuados e concluiu que o valor total do ICMS devido por substituição tributária é R\$1.830,23.

Observo que no Auto de Infração, consta no campo destinado à data de vencimento o valor de R\$2.928,38, existindo dados incompreensíveis no campo relativo ao valor histórico. No demonstrativo de débito à fl. 3 do PAF, foi consignado o valor de R\$2.928,38, também no campo relativo à data de vencimento, encontrando-se valores sem correlação como imposto que seria devido.

De acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elemento suficiente para determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Pelo que consta nos autos, não há certeza quanto ao valor do imposto que seria devido pelo autuado, considerando os equívocos verificados nos campos destinados ao valor histórico do Auto de Infração em confronto com o valor apurado pelo autuante. Por isso, concluo que é nulo o presente lançamento e recomendo que a repartição fiscal renove o procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

Quanto ao pedido formulado pelo defendant para que seja dada ciência sobre o julgamento do PAF ao patrono do autuado, não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210943.0062/09-6**, lavrado contra **USINA FORTALEZA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MASSA FINA LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADOR