

A. I. N° - 206912.0039/11-5
AUTUADO - TINTAS HIDRACOR S/A
AUTUANTE - VLADMIR MIRANDA MORGADO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 10/12/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0307-03/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO. A lei atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Refeitos os cálculos, mediante revisão fiscal efetuada pelo autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2012, refere-se à exigência de R\$3.495.294,86 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

Consta a informação de que se trata de mercadoria sujeita à retenção do ICMS nas operações interestaduais com tinta em pó, erroneamente classificada pelo contribuinte como cal 100% pura quando, na verdade, constitui uma mistura de cal e pigmento, sendo enquadrada como tinta, conforme a própria empresa reconhece no seu portfólio e está demonstrado no quadro geral das NCMs.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 61 a 82), alegando que foi apurada uma suposta irregularidade na escrita fiscal do autuado, exigindo ICMS e altíssima multa por suposto descumprimento de obrigações, o que efetivamente não ocorreu. Diz que a autuação se resume na cobrança do ICMS-ST relativo às operações com o produto criado à base de Cal Hidratada denominado comercialmente de “*Tinta Pó Hidracor*”. Esclarece que a referida nomenclatura possui natureza meramente comercial, ou seja, trata-se da denominação utilizada nos produtos com o objetivo de o consumidor final identificá-los com maior facilidade no momento da compra. Que em razão dessa denominação comercial, o autuante entendeu que referido produto não se tratava de “Cal”, precisamente de “Cal hidratada” (produto não sujeito a substituição tributária), mas de espécie de “tinta”, categoria esta, sujeita a retenção do ICMS por substituição tributária, nos termos do Convênio nº. 74/94, como expressamente aduzido no relato da infração. Assegura que embora o citado produto possua a denominação comercial de “Tinta Pó”, trata-se, na verdade, do conhecido “Cal Hidratada”, restando insubstancial a presente autuação fiscal.

O defensor comenta sobre a tempestividade da defesa apresentada, e diz que foram apontados como infringidos no Auto de Infração as cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do

Convênio ICMS nº 74/94. Alega que o Julgador deve notar que o autuante incorreu em grave violação material, a qual por si só vicia o Auto de Infração em tela, submetendo-o à nulidade absoluta. Diz que os Convênios deliberados no âmbito do CONFAZ, regulados pela Lei Complementar nº. 24/75, são “acordos” firmados pelos Estados Federados, com o objetivo de regular as relações tributárias entre os mesmos, conforme art. 100 do CTN. Entende que não podem simples normas complementares inovar o sistema tributário, criando obrigações ao contribuinte. Sobre as normas complementares reproduz ensinamentos do Prof. Hugo de Brito Machado, transcrevendo o posicionamento de Paulo de Barros Carvalho quanto à invalidade dos convênios no ordenamento interno enquanto não regulamentados. Afirma que, por ser considerada norma complementar, o convênio não é lei, suas regras não têm força para vincular o comportamento tributário dos contribuintes, enquanto não regulamentados por lei estadual. É necessário um ato normativo, lei em sentido estrito, para introduzir as regras conveniadas na legislação tributária estadual. Transcreve o art. 18 do RPAF/BA e afirma que, ao apontar como dispositivos infringidos cláusula alheia ao ordenamento jurídico interno do Estado da Bahia, em clara violação ao art. 18, inciso II e IV, “a”, do Decreto Estadual nº. 7.629/99, preterindo o direito da ampla defesa e contraditório e carecendo de elementos materiais, pugna pela nulidade do Auto de Infração.

O defendente também pede a nulidade do presente Auto de Infração, alegando ausência de elemento formal essencial, não indicação da correta classificação das mercadorias, preterição do direito de ampla defesa e contraditório, violação ao art. 18, inciso IV, “a”, e art. 39, inciso III, do RPAF/BA, Decreto Estadual nº. 7.629/99. Diz que o Convênio ICMS nº. 74/94, em sua Cláusula primeira, estabelece que os produtores ou importadores dos produtos constantes em seu anexo deverão proceder a retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária. Por isso, em razão da comercialização de quaisquer dos produtos integrantes do anexo do Convênio ICMS 74/94, resultará ao estabelecimento importador ou industrial a obrigação de recolher o ICMS devido em toda a cadeia produtiva.

O impugnante informa que, ciente da legislação aplicável às operações comerciais que costumeiramente realiza, procedeu ao recolhimento do ICMS por substituição tributária das mercadorias enquadradas no citado regime, porém, não o fazendo com relação àquelas alheias ao mesmo. No tocante às operações de venda do produto “Tinta Pó Hidracor”, não procedeu com o mencionado recolhimento, uma vez que se trata de Cal Hidratada/Hidráulica, cujo código NBM é 25223000, a qual não consta no anexo do Convênio já citado. Salienta que nos termos do item I da Tabela Anexa ao Convênio nº. 74/94, estão submetidas à sistemática da substituição tributária “Tintas, vernizes e outros”, classificada na NCM de nº 3208, 3209 e 3210. Entretanto, conforme se depreende pela lavratura do Auto de Infração, entendeu o autuante que a “TINTA PÓ HIDRACOR”, ou seja, “Cal Hidratada + pigmento”, está inserida dentre aqueles produtos especificados no anexo, e assim, sujeitos a retenção do ICMS por substituição tributária. Diz que o autuante ateve-se somente em afirmar que a “TINTA PÓ HIDRACOR” não era classificada sob o NCM 25223000 (Cal Hidráulica), porém, não indica qual seria a classificação fiscal supostamente correta a ensejar o recolhimento de ICMS por substituição. Cita o art. 39, III do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99, e diz que o Auto de Infração deverá conter a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principais e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta, sendo considerados nulos os lançamentos *que não contiverem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator*, conforme art. 18, IV, “a” do referido Regulamento.

Questiona, se a classificação fiscal da TINTA PÓ HIDRACOR (Cal Hidratada + pigmento) não é a nº. 25223000, não sujeita à substituição tributária, então porque não foi indicada qual a classificação fiscal correta? Diz que em nome da segurança jurídica, não pode o contribuinte ser autuado por algo que aos olhos do Fisco esteja fazendo errado, sem, contudo, que lhe seja apresentado o suposto procedimento correto. Afirmar que o produto “Cal Hidratada + Pigmento”

não está classificado corretamente sob o NBM nº. 25223000 é fácil. Difícil é classificá-lo de modo diverso. 2522.3000.

O defendente entende que na lavratura do Auto de Infração não foram observadas todas as formalidades legais indispensáveis à manutenção da segurança jurídica nas relações tributárias, razão pela qual merece ser, de plano, declarado nulo, por aplicação do art. 18, IV, “a” e art. 39, III, ambos do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99.

Em relação à composição química e classificação fiscal da “TINTA PÓ HIDRACOR”, informa que a composição química do referido produto consiste em: Cal Apagada (Hidróxido de Cálcio e Magnésio), pigmentos orgânicos e inorgânicos, conforme se observa pela página do produto disponibilizada no site eletrônico da empresa (www.hidracor.com.br). Afirma que o referido produto é em sua integralidade composto de Hidróxido de Cálcio e Magnésio, sofrendo simplesmente a adição de pigmentos a fim de dar-lhe a tonalidade desejada. Ressalta que a composição da “Tinta Pó Hidracor”, a não ser pelo acréscimo do pigmento, em nada difere do “Super Cal Hidracor”, também utilizado para pintura ou caiação (popular).

Diz que a cal é uma substância branca, pulverizada, obtida através da calcinação de rochas calcárias, submetidas a altas temperaturas em fornos de cal. Normalmente utilizada na indústria de construção civil para a elaboração das argamassas com que se erguem paredes e muros, a cal também é utilizada no revestimento, na indústria cerâmica, siderúrgicas (obtenção de ferro) e farmacêutica como agente branqueador ou desodorizador. Informa que a cal está entre os dez produtos de origem mineral de maior consumo no planeta. Estima-se que sua produção mundial esteja em torno de 145 milhões de toneladas por ano. O Brasil produz cerca de 6 milhões de toneladas por ano, o que significa um consumo "per capita" 36 kg por ano. Sua utilização engloba as indústrias siderúrgicas, para remoção de impurezas; o setor ambiental, no tratamento de resíduos industriais; as indústrias de papel e o setor de construção civil. Neste último, este produto é utilizado como revestimento, como argamassa para estuques e reboco, cujo uso para restauração de prédios históricos está cada vez mais difundido.

Quanto à denominação “tinta pó”, informa que é empregada para cal hidratada para revestimento, e tal denominação vem do uso popular, da tradição, e não obedece a uma classificação científica. No entanto, por razões comerciais e de tradição, na qual o Impugnante se fez líder de mercado no segmento, baseia-se no conceito arraigado na mente do consumidor que a cal hidratada para revestimento chama-se “tinta pó”, denominação essa, não criada pela empresa, mas sim, utilizada a partir da identificação do mercado, cuja modificação acarretaria incalculáveis prejuízos e transtornos comerciais e de marketing à empresa.

Transcreve parte da conclusão constante no Parecer Técnico realizado pelo Sr. João Batista Braga de Oliveira, químico inscrito no Conselho Regional de Química da 4ª Região sob o nº. 004250584 e diz que outra excelente definição acerca da CAL pode ser encontrada na página eletrônica do Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo (IPT) (<http://www.ipt.br/atividades/servicos/chat/?ARQ=148>). Reafirma que o produto glosado pela Fiscalização na verdade se trata de “CAL APAGADA”, usualmente conhecida como cal HIDRATADA, não sujeita à incidência de substituição tributária prevista no Convênio 74/94. Entende que os autuantes se utilizaram de premissa totalmente equivocada a fundamentar a lavratura do Auto de Infração, ou seja, classificando como “tinta” o que na realidade é “Cal”, mercadoria não sujeita à substituição tributária, nos exatos termos do Convênio ICMS nº 74/94.

Sobre a tinta informa que é uma composição de pigmentos, aglomerados por um polímero (resina) que, após ser aplicada sobre um substrato, sofre um processo de cura físico-química, transformando-se em um filme opaco, rígido, termofixo, que confere cobertura, cor, brilho e proteção. Diz que a principal característica que define “tinta” do ponto de vista científico é a presença de polímero, “resina”, responsável pela aglutinação dos pigmentos utilizados para dar a tonalidade desejada ao produto.

Salienta que se deve fazer a distinção entre tinta e revestimento. Tinta é uma classe de revestimento, mas nem todo revestimento é tinta. Por exemplo, papel de parede, azulejo, fórmicas, são tipos de revestimentos, que embelezam, conferem cor e proteção ao substrato, mas não são tintas, pois não são pigmentos aglomerados por um polímero (resina) que cura após sofrerem secagem físico-química. Da mesma maneira que os azulejos, papéis de parede, fórmicas se enquadram em produtos que podem ser utilizados como revestimento, mas não podem ser caracterizados por tinta, a Cal Hidratada também não o pode, uma vez que sua rota de produção é distinta, de baixo valor agregado, além de lhe faltar o componente definidor básico, a resina.

Quanto ao enquadramento da “Tinta Pó Hidracor” em outras categorias de tintas extraídas da *Tabela de Incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados – TIPI*, afirma que a “Tinta Pó Hidracor” não poderia ser tecnicamente classificada em nenhum dos desdobramentos do grupo de tintas, uma vez que sua composição química não comporta qualquer polímero (resina), seja ele sintético ou natural modificados. Entende que outra classificação a “Tinta Pó Hidracor” não pode receber senão a do grupo 25.22 - CAL VIVA, CAL APAGADA E CAL HIDRÁULICA, COM EXCLUSÃO DO ÓXIDO E DO HIDRÓXIDO DE CÁLCIO DA POSIÇÃO 28.25. Afirma que se deve perquirir qual afinal é a classificação fiscal que o agente autuante entendeu que para o produto fiscalizado? Diz que há necessidade da produção de prova pericial na área bioquímica a fim de analisar a amostra do produto em disponibilidade imediata pela Impugnante, respondendo os quesitos propostos nas razões de defesa.

Em relação aos cálculos efetuados pelo autuante, o defendente alega que a partir da enorme divergência encontrada nas bases de cálculo das competências de outubro/2009, junho/2010 e outubro/2010 para cálculo do ICMS-ST, reanalisou os cálculos do ICMS – ST dos referidos meses e constatou erros gravíssimos nos cálculos da fiscalização, encontrando a assombrosa variação de R\$2.469.334,95. O defendente elabora planilha comparativa entre os valores apurados pela fiscalização e o imposto calculado pelo impugnante, indicando a respectiva variação. Diz que se pode perceber através da planilha apresentada em CD anexo, que o autuante atribuiu à base de cálculo do ICMS-ST para incidência da MVA (margem de valor agregado) – (“BC ICMS OP PROP”) valor totalmente destoante do Valor de Nota Fiscal (“VLR TOTAL”).

Cita como exemplo o mês outubro de 2009, no qual a Base de Cálculo ICMS devido na Operação Própria (“BC ICMS OP PROP”) em muito supera o Valor Total da NF (“VLR TOTAL”), conforme planilha que elaborou indicando os respectivos valores, data, nota fiscal, o produto e o imposto apurado. Afirma que foi cometido o mesmo equívoco para o mês de junho de 2010, no qual a Base de Cálculo ICMS devido na Operação Própria (“BC ICMS OP PROP”), em muito supera o Valor Total da NF (“VLR TOTAL”), conforme planilha que elaborou. Informa que em todos os outros meses existem inconsistências, inclusive para base de cálculo a menos, conforme se verifica na tabela que elaborou, na qual apurou o montante total de R\$ 2.485.482,38 com variação no ICMS – ST devido.

O defendente invoca o § 3º do art. 123 e o art. 145 do RPAF/BA, Lei nº 7.629/99, afirmando que é imprescindível a realização de perícia técnico-contábil para verificação dos corretos valores devidos a título de ICMS – ST, em caso decida pela procedência do presente Auto de Infração, apresentando os quesitos a serem respondidos pela perícia.

Por fim, reitera o pedido de nulidade da autuação e caso as preliminares de nulidade não sejam suficientes para a extinção do processo sem julgamento do mérito, que seja julgado o Auto de Infração improcedente. Reafirma o pedido de perícia e protesta pela comprovação do quanto alegado por todas as formas em direito admitida, especialmente juntada de novos documentos e prova pericial.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 923 a 948 dos autos. Rebate as alegações defensivas argumentando que o autuado ensaiaria reduzir a discussão de que a mercadoria em foco não é tinta mas cal hidrada 100% pura, e que a expressão “tinta em pó” não passa de um nome comercial

adotado tradicionalmente no mercado. Diz que o autuado não iria chamar o produto de tinta se tinta não fosse. Que o nome comercial revela toda a substância e finalidade do produto. Entende que não haverá esforço de interpretação jurídica capaz de demonstrar que a tinta em pó não constitui mercadoria enquadrável no regime de substituição tributária, classificável na posição 3210 do Capítulo 32 da NCM, na condição de um tipo de tinta diferente daqueles enunciados nos grupos 3208 e 3209 da NCM, também citados no Anexo ao Convênio ICMS 74/94.

Quanto às preliminares apresentadas nas razões de defesa, o autuante diz que não tem a opor quanto à tempestividade da impugnação. Contesta a preliminar de nulidade, afirmando que a simples referência da infração sem estar escudada em regra jurídica possibilita a compreensão do ilícito cometido e a produção de defesa adequada. Assegura que o autuado entendeu a acusação fiscal, produziu a impugnação atacando o ponto fulcral da autuação. Reproduz o art. 100 do CTN e ensinamento de Maria de Fátima Ribeiro, ressaltando que no Auto de Infração foi indicado que a omissão da empresa implicou falta de obediência às cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Convênio ICMS 74/94, referências suficientes para que o contribuinte compreendesse perfeitamente os motivos da autuação. Por isso, entende que a preliminar de nulidade não merece ser acolhida. Transcreve os arts. 18 e 19 do RPAF/BA, e quanto ao argumento de que não houve indicação correta da classificação da mercadoria, afirma que ao contrário da legislação federal, não há necessidade de o lançador especificar grupo e subgrupo de mercadoria enquadrável na tributação antecipada, bastando qualificá-la e considerá-la sujeita ao regime da substituição tributária. Diz que no caso específico, interessou à auditoria saber que o produto objeto da autuação se tratava de tinta e, como tal, não importava qual tipo fosse, estava enquadrada nas regras do Convênio ICMS 74/94. Diz que ao contribuinte basta saber que a irregularidade apurada decorreu da falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária em operações interestaduais, porque a mercadoria é tinta e, como tal, encontra-se relacionada no Anexo único do Convênio ICMS 74/94. Reafirma que o autuado dispunha dos elementos esclarecedores necessários para exercitar a sua defesa e fazer valer o contraditório. Que a polêmica de a tinta em pó estar ou não classificada como tinta na NCM, envolve nitidamente o mérito da autuação.

Em relação ao mérito, afirma que o autuado acabou confessando que a cal hidrata 100% pura e a tinta em pó não é o mesmo produto embora ele os classifique na mesma subposição do código de NCM. Afirma que existem enormes diferenças entre a tinta em pó e a cal hidrata 100% pura, conforme se pode constatar no próprio sítio eletrônico do autuado. Diz que a cal hidrata 100% não traduz uma mistura, já a tinta em pó não significa a cal pura e simplesmente, porque é composta de uma mistura de cal e pigmentos. Comenta sobre as informações constantes no sítio eletrônico do autuado e no porfifólio da empresa e os elementos probatórios trazidos ao PAF quando da lavratura do Auto de Infração.

Quanto aos pareceres técnicos mencionados pelo defendant, diz que não merecem ser acolhidos porque nada acrescentam ao deslinde da questão e parecem ser direcionados pelo defendant. Que a entrevista trazida pelo contribuinte em nada ajuda na presente lide, apenas define o que é cal pura. Salienta que no curso do procedimento fiscal constatou que não foi efetuada retenção nas operações com a cal pura e acabou concordando porque a referida mercadoria não está elencada no Convênio ICMS 74/94. Diz que o processo produtivo que o defendant descreve em sua impugnação, apenas indica alguns tipos de tintas, e que existem categorias de tintas que, mesmo não tendo resina na sua composição, como é o caso da tinta em pó, são consideradas como tal, por que servem para revestir e pintar superfícies da mesma forma que as tintas resinadas.

O autuante apresenta o entendimento de que a tinta em pó jamais poderia ser classificada na NBM 25223000, como apontado pelo defendant. Afirma que procede o raciocínio do autuado quando diz que falta resina na composição da tinta em pó, e que por isso não se encaixa no grupo 3209 da NCM. Entretanto, encontra-se no grupo 3210, sob o título “outras tintas e vernizes; pigmentos à água preparados, dos tipos utilizados para acabamento de couros”. Em seguida, faz uma análise dos grupos de NCM onde são abrigados os tipos de tintas e salienta que o produto outrora puro, a

cal, ao ser misturado com pigmentos orgânicos e inorgânicos, transformou-se num outro produto, a tinta em pó, de composição química e destinação completamente diferente do seu antecessor.

Em relação ao pedido de perícia, o autuante entende ser um pleito apenas procrastinatório, e que não há a menor necessidade de se fazer qualquer perícia que seja útil para a decisão. Que inexiste controvérsia técnico-especializada a ser dirimida. Que interessa saber é se a tinta em pó é tinta e serve para pintar superfícies, e sendo positiva ambas as respostas, enquadraria o produto na posição 3210 da NCM. Entende que deve ser indeferido o pedido de perícia, mas se outro for o entendimento dos julgadores, o autuante apresenta os quesitos às fls. 942/943 para a referida perícia.

Quanto à alegação de que há inconsistência nos cálculos do imposto exigido, o autuante informa que os dados constantes nas planilhas anexadas ao Auto de Infração foram extraídos dos arquivos eletrônicos transmitidos pelo próprio contribuinte através do sistema SINTEGRA. Se houve equívocos, estes o foram por culpa do contribuinte que não deu a conformação adequada aos dados informados. Diz que na auditoria realizada, não calculou nada no que toca ao valor do produto e valor total, apenas importou os dados fornecidos pelo autuado. Que o problema maior está focado em três meses, entre os vinte e quatro meses fiscalizados, quais sejam, outubro de 2009, junho e outubro de 2010. Para esclarecer dúvidas sobre o montante lançado, resolveu refazer o levantamento fiscal, desta feita com base nos dados das NF-e emitidas pelo impugnante. Fez a juntada do novo levantamento com novo demonstrativo de débito. Informa que as diferenças caíram sensivelmente, quando comparado o demonstrativo do autuado com o novo levantamento fiscal. Entende que esses novos demonstrativos são suficientes para tornar inócuo o pedido de perícia contábil formulado pelo autuado. No máximo poderá haver reanálise por Auditor Fiscal estranho ao feito, que, diante das NF-e expedidas pelo autuado, poderá recalcular o imposto devido.

Em relação ao pedido de perícia contábil, o autuante entende que deve ser indeferido, considerando os novos cálculos efetuados, tendo em vista que a revisão dos valores aproximou os resultados da fiscalização com aqueles indicados na defesa. Se os julgadores entenderem que há necessidade da perícia, diz que se deve comentar um a um os quesitos apresentados na impugnação, e o autuante também formula quesitos à fl. 948. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante, o defendente se manifestou às fls. 981 a 1008. Alega que demonstrou que a tinta em pó, apesar do nome que leva, não é, em verdade, tinta, mas cal hidratada. Diz que explicou a questão do nome do produto, e requereu a realização de perícia bioquímica, que poderia atestar que, de fato, a tinta em pó comercializada pelo autuado é cal hidratada. Diz que apontou erros na base de cálculo do imposto exigido. Que há casos em que o autuante aponta como valor do produto uma quantia maior que o valor total vendido. Repete o pedido de nulidade, alegando falta de indicação de normas estaduais, citando o art. 100, IV do CTN, salientando que não podem simples normas complementares inovar no sistema tributário, criando obrigações ao contribuinte. Entende que o autuante traz argumentos que não podem ser utilizados, por que inexiste dispositivo de lei infringido pelo autuado. Em relação ao art. 19 do RPAF, citado pelo autuante, pergunta qual o enquadramento legal ficou evidente na autuação? Cita a transcreve o art. 18, incisos II e IV, “a” do RPAF/BA e pede a nulidade do Auto de Infração, alegando falta de indicação da classificação correta da mercadoria.

O defendente comenta sobre o Anexo ao Convênio 74/94 e diz que o autuante não indicou qual seria a classificação fiscal correta a ensejar o recolhimento do ICMS por substituição. Cita o art. 39 do RPAF/BA e diz que o contribuinte não pode ser autuado por algo que, aos olhos do Fisco, esteja fazendo errado, sem que lhe seja apresentado o suposto procedimento correto. Diz que o Conselho de Contribuintes da Receita Federal tem julgado nulos os lançamentos tributários realizados sem a observância da descrição do enquadramento fiscal entendido como devido.

Quanto à composição química da tinta em pó e sua classificação fiscal, o defendente afirma que é incontroverso que a cal hidrata não é tinta. Diz que é contraditório o posicionamento do autuante de que a cal branca não é tinta, mas a marrom, a verde, a vermelha, a azul, por exemplo, são. Informa que a cor branca é cor igual às outras, e que se sabe que o branco é a soma de todas as outras cores. Afirma que a adição de pigmento não tem o condão de modificar a essência da cal, que continua sendo cal, com as mesmas características quantitativas e qualitativas. Entende que é irracional exigir-se ICMS-ST em relação à “cal colorina” mas não da “cal branca”, considerando que os dois tipos de cal, bem como as outras cores, são usadas para o mesmo desiderato. Diz que o autuante tenta desvalorizar o competente trabalho dos técnicos mencionados na impugnação, afirmado que um dos pareceristas é diretor industrial da empresa Hidracor S/A, mas não se sabe onde o autuante retirou essa equivocada informação. Lembra que a composição do produto “tinta pó hidracor” consiste em cal apagada (hidróxido de cálcio e magnésio), pigmentos orgânicos e inorgânicos. Reafirma que a denominação “tinta em pó”, empregada para a cal hidrata para revestimento, vem do uso popular, e não obedece a uma classificação científica, e que, por razões comerciais e de tradição, o autuado baseia-se no conceito arraigado na mente do consumidor de que a cal hidrata para revestimento chama-se “tinta pó”, denominação que não foi criada pela empresa, mas sim, utilizada a partir da identificação do mercado, cuja modificação acarretaria incalculáveis prejuízos e transtornos comerciais e de marketing à empresa.

Em relação à definição acerca da cal, volta a mencionar ensinamento do Engenheiro Químico Dr. Valdecir Ângelo Quarconi e conclui que a premissa para a lavratura do Auto de Infração é equivocada, porque entende que é impossível enquadrar a “tinta em pó como tinta e afirma que outra classificação a Tinta em Pó Hidracor não pode receber senão a do grupo 25.22 – Cal Viva, Cal Apagada e Cal hidráulica, com exclusão do óxido e do hidróxido de cálcio da posição 28.25.

Quanto à necessidade de perícia técnico-especializada, o defendente afirma que o autuante se apega a quesitos que não servem para definir a natureza do produto “tinta em pó”. Que ao pedir perícia, o autuado intenta apenas saber qual a natureza do produto “tinta em pó”, até mesmo para vendas futuras, a fim de que, em sendo realmente tinta, regularizar a retenção do ICMS. Para a mencionada prova pericial, o defendente propõe quesitos formulados à fl. 1002.

Em relação aos cálculos efetuados no levantamento fiscal, diz que o autuante tenta minimizar os equívocos, mas não procedem os argumentos do autuante no sentido de que, ao pugnar por valor diferente do cobrado o autuado estaria confessando a dívida. O defendente afirma que em momento algum confessou a dívida, e que ao versar sobre toda a querela na impugnação, deve o autuado se manifestar sobre todos os pontos do Auto de Infração, argüindo o que for possível em sua defesa, conforme estabelece o art. 123 do RPAF/BA. Entende que, se foi percebida a irregularidade nos cálculos, em atenção ao princípio da verdade material, o autuante deveria averiguar os reais valores do produto e do total da nota fiscal.

O defendente elabora demonstrativo (fls. 1004/1005) referente aos erros que ocorreram em relação aos meses de outubro de 2009, junho e outubro de 2010, indicando o valor total de cada nota fiscal inferior ao valor dos produtos. Diz que em relação aos cálculos apresentados na defesa, o autuante reconheceu haver diversos erros, tendo reduzido consideravelmente o valor do Auto de Infração, mas assegura que, diante de tamanha redução, os novos valores encontrados estão equivocados. Que o autuante está a cobrar R\$5.534,55 a mais do que realmente é devido, “se é possível entender que há dívida no caso”, o que o autuado admite apenas em amor ao debate. Entende que somente com a realização de perícia técnico-contábil, independente e imparcial, poder-se-á chegar ao correto valor devido.

Por fim, o defendente reitera o pedido de nulidade da autuação, e no mérito, renova o pedido de prova pericial técnico-especializada capaz de comprovar a veracidade das informações apresentadas nas razões defensivas. Também pede a realização de perícia técnico-contábil para verificação dos corretos valores devidos a título de ICMS-ST.

Em nova manifestação às fls. 1013 a 1073, o defendente reproduz estudos apontando que a cal adicionada de pigmento não deixa de ser cal, já que, após a operação de adição, o composto não reúne as características mínimas presentes nas mais elementares tintas. Fala sobre o conceito de tinta nos documentos emitidos pela ABRAFATI (Associação Brasileira dos Fabricantes de Tinta) e diz que, pelos mencionados estudos, é possível afirmar que a presença da resina é indispensável à caracterização e denominação das tintas. Comenta sobre os conceitos de pigmento, aditivo, solvente e resina. Afirma que tinta contém resinas e a cal pigmentada não pode ser considerada tinta, já que não apresenta resina em sua composição.

O defendente reitera todos os argumentos suscitados em sua impugnação, bem como na sua manifestação posterior, pedindo que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Juntou cópias de livros, inclusive “Manual Básico sobre Tintas” e “Guia Técnico Ambiental Tintas e Vernizes”.

À fl. 1237 esta JJF encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 1237) solicitando que o autuante prestasse informação acerca das alegações apresentadas nas últimas manifestações do autuado, refazendo os cálculos, observando o que estabelece a Cláusula terceira do Convênio ICMS 74/94. Sendo constatado erro nos arquivos magnéticos, solicitasse ao contribuinte a necessária retificação.

Em atendimento, o autuante prestou informação fiscal às fls. 1239 a 1286, reiterando todos os termos da informação fiscal produzida após a impugnação. Discorda das expressões utilizadas pelo defensor à pessoa do autuante ou ao lançamento de ofício, afirmando que os agravos investidos pelo defensor merecem ser riscados, extirpados e renegados dos autos, conforme determina o art. 15 do CPC, de aplicação supletiva ao processo administrativo tributário.

Quanto às discrepâncias alegadas, entende que não necessitam ser eliminadas através de perícia contábil, e basta a designação de fiscal estranho ao feito para que as Notas Fiscais sejam reexaminadas. Diz que o autuado demonstra o intuito em adiar indefinidamente o pronunciamento administrativo final acerca do presente lançamento, aproveitando-se do uso abusivo da verdade material e insiste na realização de perícia técnico-especializada completamente desnecessária. Afirma que as manifestações formuladas pós-impugnação repisam as linhas de pensamento esposadas desde o início: o de desqualificar a autuação e, em caso de persistir a exigência, reduzi-la no seu montante.

Entende que ao reconhecer que tinta em pó possui na sua composição cal hidrata e pigmentos, o autuado confessa que esta mercadoria constitui uma mistura, contém verdadeiramente substâncias misturadas, pigmentos adicionados à cal hidrata. Que o próprio autuado impede a inclusão desta mercadoria na NBM 2522.3000, pertencente ao Capítulo 25 da NCM, grupo pertencente aos minerais.

Sobre a alegação preliminar de que o autuado não reuniu condições para se defender porque na peça inicial do Auto de Infração não se fez o enquadramento da linha em pó na NCM, o autuante informa que se desincumbiu do dever de comprovar a infração tributária. Foi constatado que nas operações praticadas pelo autuado havia um tipo de tinta que não sofreu a retenção do ICMS. Diz que as tintas estão inseridas no regime de substituição tributária, na forma do Convênio ICMS 74/94. Fez anexar ao Auto de Infração os demonstrativos das operações extraídos dos arquivos SINTEGRA, e no portfólio da empresa é confirmada a informação de ser tinta o produto objeto da autuação. Também afirma que a presunção de verdade conferida à escrita contábil e fiscal do sujeito passivo, quando se encontra devidamente organizada, segundo as normas legais, é importante garantia do cidadão contribuinte cumpridor de suas obrigações tributárias.

O autuante informa que a pretensão inicial foi a de cobrar imposto dentro da substituição tributária nas operações com tinta em pó destinadas para a Bahia. Afirma que o produto tinta é sujeito à tributação antecipada, por força do Convênio ICMS 74/94, e se o contribuinte alega que a tinta em pó pertence a uma classificação fiscal diferente das tintas, é obrigado a apresentar

elementos probatórios para desqualificar o enquadramento como tinta e oportunizar ao sujeito passivo discorrer sobre as provas e argumentos.

Também informa que, por excesso de zelo, procurou trazer à tona outros subsídios de prova, com o fito de contrariar certos aspectos. Cita obras de dois autores sobre o tema e diz que as tintas à base de cal são largamente usadas em nosso país e no mundo inteiro, têm aplicação recomendada em várias modalidades de superfície.

Prosseguindo, informa que se vê na obrigação de tecer comentários a respeito de três documentos trazidos aos autos pelo defensor: publicação da Abrafati, denominada “Tintas – Ciência e Tecnologia” (fls. 1025/1028; a publicação da empresa “Água Química” de nome “Manual Básico sobre Tintas” (fls. 1030/1052); e Guia Técnico Ambiental voltado para tintas e vernizes (fls. 1054/1124). Diz ser incontrovertido que a mercadoria objeto da autuação possui pigmentos e isto foi admitido pelo defensor por diversas vezes. O próprio documento à fl. 1027 afirma que as resinas são obtidas através da indústria química ou petroquímica por meio de reações complexas, originando polímeros que conferem às tintas propriedades de resistência e durabilidade muito superiores às antigas. Neste caso entende que há outras tintas diferentes das fabricadas à base de polímeros, com processo de confecção mais primitivo, simplificado e antigo, entre as quais a tinta em pó alvejada pela autuação fiscal.

O autuante ressalta que a mercadoria objeto da autuação – chamada tinta em pó – encontra largo uso na construção civil, notadamente para pintar imóveis populares e restaurar monumentos históricos, e nada tem a ver com a tinta em pó pintada eletrostaticamente. Chama a atenção para a definição de tintas apresentada pelo defensor na fl. 46, consoante dicção oficial contida na norma ISO 4618. Diz que a tinta em pó ou cal pigmentada se ajusta confortavelmente à conceituação da ISO, pois não há o menor resquício de dúvida de que tal produto é vendido em pó e quanto aplicado em superfícies – através de técnicas particulares – acaba criando uma película com finalidades protetoras e de decoração.

Também afirma que não nega que existem tintas produzidas com base em produções tecnológicas intrincadas, concebidas a partir do funcionamento de equipamentos enredados que acabam por promover reações químicas capazes de dotarem materiais de atributos que não só pintam como conservam, protegem e dão luxo estético mais aprimorado às superfícies visadas. Entretanto, tais substâncias não fazem parte do universo autuado.

Frisa que o legislador do acordo interestadual ao prever a tributação antecipada, não esqueceu de incluir a tinta em pó como submissa a esse regime. Vários tipos de tintas foram contemplados na substituição tributária interestadual, não só aquelas oriundas de insumos plásticos. Informa que as tintas elencadas nas posições NCM 3208 e 3209 são tintas cujas resinas decorrem do processo de polimerização, fenômeno químico referido em todos os documentos acostados aos autos pelo defensor. Quisesse o legislador apenas contemplar no sistema de antecipação as tintas sofisticadas não haveria necessidade de se criar um terceiro grupo de tintas, o das “outras tintas”, o que significa dizer que não importa a complexidade do seu fabrico ou se derivam de polímeros, encontram eco no regime de substituição tributária. Entende que o autuado tenta ignorar a subposição fiscal 3210, descrita como outras tintas e reduzir todas as tintas aos polímeros.

Rememora a conceituação de tinta consagrada no Manual Básico de Tintas (fls. 1030/1052); reproduz ensinamentos da Mestre Kai Uemoto. Também comenta sobre as definições sobre o tema da Associação dos Produtores de Derivados de Calcário – APDC e sobre um trabalho de pós-graduação elaborado pela especialista em construção civil Magali Lopes de Almeida.

Em relação ao levantamento fiscal, informa que todos os dados partiram dos arquivos magnéticos transmitidos via SINTEGRA pelo próprio sujeito passivo, que possui a obrigação tributária acessória de prestar corretamente informações econômico-fiscais ao Estado. Que constitui procedimento usual de auditoria baixar tais arquivos nos sistemas de tratamento de dados disponíveis na SEFAZ/Bahia. No curso da ação fiscal, tal procedimento foi obedecido, e a

partir daí que se verificou a inobservância da substituição tributária interestadual para um tipo de mercadoria comercializada pela empresa, embora suas características mostrassem claramente estar enquadrada no regime da tributação antecipada.

Utilizando os dados das notas fiscais de venda da tinta em pó para a Bahia, fornecidos pelo próprio sujeito passivo, a fiscalização elaborou os demonstrativos que se tornaram parte integrante do presente Auto de Infração. Num segundo momento o autuante reexaminou as operações praticadas pelo autuado, desta feita com esteio nas notas fiscais eletrônicas, usando novos métodos de checagem até então disponíveis para a fiscalização.

O autuante não acredita que uma retransmissão dos arquivos SINTEGRA para o período em que não se operou com NF-e, na busca de corrigir eventuais distorções cometidas pelo autuado possa repercutir a realidade das operações. Descarta a possibilidade de os dados serem reencaminhados pelas vias usuais para os controles da SEFAZ/BA. Diz que seria impraticável permitir a juntada de cópia de todas as notas fiscais de venda de tinta em pó destinadas ao território baiano, pois se feito deste modo criaria um PAF composto por dezenas de volumes para comportar um número expressivo de documentos fiscais. Sugere que fiscal estranho ao feito seja designado para que examine fisicamente ou virtualmente as notas fiscais eletrônicas e verifique eventuais inconsistências efetivadas pelo autuado, e em caso positivo aponte-as, construindo novos demonstrativos e quantificando novos valores.

Lembra que ficou consignado na fl. 944 que no período de abril de 2009 a dezembro de 2010 o autuante refez os levantamentos que deram suporte à cobrança, desta vez com base nas Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e, que em princípio, não devem trazer diferenças entre a realidade da operação e os dados nela contidos. Por isso, foi produzido novo demonstrativo de débito à fl. 949. Finaliza pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração com as correções efetuadas, constantes no demonstrativo de débito citado anteriormente.

Intimado da informação fiscal, o defendant se manifestou às fls. 1318 a 1326, afirmando que em relação ao esclarecimento da questão técnico-científica acerca da Cal Hidratada, tem-se a necessidade da realização de perícia bioquímica, por entender que a solicitação deste tema findará não apenas este processo, mas servirá como paradigma para questões semelhantes a serem discutidas no Estado da Bahia. Passa a explanar as razões ensejadoras da perícia requerida, alegando que há equívocos em parcela considerável das competências fiscalizadas, destacando os meses de outubro/2009, junho/2010 e outubro/2010. Diz que o autuante reconheceu haver equívocos, reduzindo consideravelmente o débito apontado. Mesmo existindo reconhecimento da existência de equívocos nos cálculos apresentados e mesmo que tal reconhecimento tenha repercutido em redução significativa, afirma que ainda persistem os equívocos merecedores de reapreciação.

Elabora demonstrativo comparando o valor do ICMS registrado originalmente no Auto de Infração, o valor calculado pelo autuado e o novo cálculo apresentado pelo autuante. Afirma que há cobrança de R\$5.534,55 a mais do que realmente devido e que após os ajustes procedidos pelo autuante permanecem dúvidas relativas à correta intelecção do valor de ICMS ST a ser pago, se realmente existe dívida.

Repete que há necessidade de perícia técnico contábil independente para se chegar ao escorreito suposto valor devido e necessidade de perícia bioquímica para a definição de Cal Hidratada. Cita conclusão do Parecer Técnico realizado pelo Sr. João Batista Braga de Oliveira, Químico inscrito no Conselho Regional de Química da 4ª Região sob o nº 004250584. Reitera o protesto pela produção de prova pericial na área físico-química da empresa a fim de analisar a amostra do produto e responder os quesitos que elaborou.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante à fl. 1329, afirmando que o autuado não traz argumentos ou elementos novos, de modo que suas ponderações são no sentido de ratificar a necessidade de se fazer perícias técnico-contábil com as quais o autuante discorda. Diz que não

há necessidade da perícia requerida, considerando o exposto nas fls. 940 a 948, sem prejuízo de toda a linha de sustentação desenvolvida para demonstrar cabalmente que tinta em pó – mercadoria objeto da autuação – é um tipo de tinta, portanto, sujeita à antecipação tributária, prevista no Convênio ICMS 74/94. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O autuado pede a nulidade do presente Auto de Infração, alegando ausência de elemento formal essencial, não indicação da correta classificação das mercadorias, preterição do direito de ampla defesa e contraditório, violação ao art. 18, inciso IV, “a”, e art. 39, inciso III, do RPAF/BA, Decreto Estadual nº. 7.629/99.

O defendente entende que na lavratura do Auto de Infração não foram observadas todas as formalidades legais indispensáveis à manutenção da segurança jurídica nas relações tributárias, razão pela qual merece ser, de plano, declarado nulo, por aplicação do art. 18, IV, “a” e art. 39, III, ambos do RPAF/BA.

Alegou que, por ser considerada norma complementar, o convênio não é lei, suas regras não têm força para vincular o comportamento tributário dos contribuintes, enquanto não regulamentados por lei estadual. É necessário um ato normativo, lei em sentido estrito, para introduzir as regras conveniadas na legislação tributária estadual.

Observo que o fato de o autuante ter indicado como dispositivos infringidos apenas as cláusulas do Convênio ICMS 74/94, não é motivo de nulidade da autuação fiscal, haja vista que as regras do mencionado Convênio foram recepcionadas pela legislação do Estado da Bahia, estando a mercadoria objeto da autuação inserida no regime de substituição tributária, conforme item 16 do inciso II do art. 353 do RICMS-BA/97.

Vale salientar que o regramento é no sentido de que seja efetuada a incorporação de Convênios do ICMS às legislações internas dos Entes signatários e, independentemente de qualquer outra comunicação, o Poder Executivo de cada Unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados. No presente caso houve a incorporação das regras constantes no Convênio ICMS 74/94 à legislação deste Estado, conforme já comentado.

Portanto, em relação ao argumento defensivo de que houve equívoco no enquadramento legal da autuação, entendo que não implica sua nulidade a ausência da indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente a irregularidade apurada, e os dispositivos do Convênio 74/94, indicados pelo autuante não impediram o defendente exercer seu direito de defesa.

Rejeito as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Na descrição dos fatos consta a informação de que a autuação fiscal foi efetuada sobre mercadoria sujeita à retenção do ICMS nas operações interestaduais com tinta em pó, erroneamente classificada pelo contribuinte como cal 100% pura quando, na verdade, constitui uma mistura de cal e pigmento, sendo enquadrada como tinta, conforme a própria empresa reconhece no seu portfólio e está demonstrado no quadro geral das NCMs. Neste caso, foram indicados os elementos necessários à caracterização da infração apurada, encontrando-se os elementos formais para o exercício da defesa e do contraditório.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O autuado requereu prova pericial técnico-especializada para comprovar a veracidade das informações apresentadas nas razões defensivas. Também solicitou a realização de perícia técnico-contábil para verificação dos corretos valores devidos a título de ICMS-ST.

Observo que o convencimento do julgador será formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no processo, apreciando as provas, e a deliberação para a realização de diligência ou perícia acontece quando essas providências forem necessárias à convicção dos julgadores, podendo ser indeferida quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Vale salientar que o indeferimento do pedido de diligência ou perícia não pode ser considerado como cerceamento ao direito de defesa, haja vista que o entendimento doutrinário é o de que o deferimento de diligência deve obedecer a uma série de requisitos estabelecidos na legislação e o não atendimento desses requisitos é causa de rejeição do pedido sem que isso signifique cerceamento de defesa.

Assim, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, considerando que a prova pretendida é desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos e a decisão quanto ao enquadramento da mercadoria objeto da autuação no regime de substituição tributária está ligada à interpretação do que estabelece o Convênio ICMS 74/94. Ademais, por determinação deste órgão julgador, foi realizada diligência fiscal, e foi dado conhecimento ao contribuinte quanto ao resultado da mencionada diligência, concedendo-se o prazo para a manifestação do deficiente.

No mérito, o presente Auto de Infração se refere à falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A Cláusula primeira do mencionado Convênio ICMS 74/94 estabelece: “Nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas no anexo deste Convênio fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, 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 devido nas subsequentes saídas, ou na entrada para uso ou consumo do destinatário”.

A mercadoria objeto da autuação está incluída no regime de substituição tributária, consta no Anexo ao Convênio ICMS 74/94 (que dispõe sobre regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química), no item I do Anexo ao referido Convênio consta a seguinte descrição: “Tintas, vernizes e outros” posição na NCM 3208, 3209 e 3210.

Para melhor entendimento da matéria em questão, vale reproduzir a descrição constante em cada código de NCM previsto no item I do Anexo ao referido Convênio ICMS 74/94:

3208 - Tintas e vernizes, à base de polímeros sintéticos ou de polímeros naturais modificados, dispersos ou dissolvidos em meio não aquoso; soluções definidas na Nota 4 do presente Capítulo.

3209 - Tintas e vernizes, à base de polímeros sintéticos ou de polímeros naturais modificados, dispersos ou dissolvidos em meio aquoso.

321000 - Outras tintas e vernizes; pigmentos a água preparados, dos tipos utilizados para acabamento de couros.

32100010 – Tintas

32100020 – Vernizes

32100030 – Pigmentos a água preparados, dos tipos utilizados para acabamento de couros.

Também vale reproduzir pesquisa realizada quanto ao produto objeto da autuação, alegado pelo defensor que lhe falta o componente definidor básico, a resina.

Em relação ao produto cal (Óxido de Cálcio), é um material utilizado na construção civil, obtido pela decomposição térmica de rochas calcárias moídas em diversos tipos de fornos, a uma temperatura média de 900°C. Cal viva é um material utilizado no preparo de argamassas para construção civil, em pinturas de baixo custo para muros (caiação), bem como em jardinagem. A reação da cal viva com água resulta na formação da cal extinta, hidróxido de cálcio. A chamada cal virgem, também denominada cal viva ou cal ordinária, é o produto inicial resultante da queima de rochas calcárias, composto predominantemente dos óxidos de cálcio e magnésio. Já a cal hidratada, como o próprio nome sugere, é uma combinação da cal virgem com água. Ou seja, Cal hidratada pode ser definido como pó seco obtido da hidratação da cal virgem, constituída essencialmente de hidróxido de cálcio e hidróxido de magnésio.

Por outro lado, a diferença principal entre uma tinta líquida convencional e a pintura em pó, é que a tinta em pó não requer um solvente para manter os seus componentes (Ligante, pigmento, etc) numa suspensão em meio líquido.

Os especialistas entendem que a principal vantagem da tinta em pó em relação à tinta líquida é que, por não conter solventes, reduz os riscos de combustão e perdas. A sua aplicação atinge facilmente camadas altas de revestimento, sem escorramento e sem surgimento de bolhas. É de fácil adaptação e apresenta facilidade na limpeza da área que foi objeto de pintura.

Na informação fiscal, o autuante ressalta que ao reconhecer que tinta em pó possui na sua composição cal hidratada e pigmentos, o autuado confessa que esta mercadoria constitui uma mistura; contém verdadeiramente substâncias misturadas, pigmentos adicionados à cal hidratada e no portfólio da empresa é confirmada a informação de ser tinta o produto objeto da autuação.

Concordo com o posicionamento do autuante de que as tintas elencadas nas posições NCM 3208 e 3209 são tintas cujas resinas decorrem do processo de polimerização, fenômeno químico referido em todos os documentos acostados aos autos pelo defensor. Que o legislador não quis apenas contemplar no sistema de antecipação as tintas referidas nas posições NCM 3208 e 3209, tendo em vista que foi criado um terceiro grupo de tintas (NCM 3210), o das “outras tintas”. Neste caso, não importa a complexidade do seu fabrico ou se derivam de polímeros e sim, a sua finalidade.

Também concordo com a afirmação de que o produto outrora puro, a cal, ao ser misturado com pigmentos orgânicos e inorgânicos, transformou-se num outro produto, a tinta em pó, de composição química e destinação completamente diferente do seu antecessor.

Entendo que nesta classificação ou grupo de tintas (NCM 3210) se inclui a tinta à base de óleo, betume, piche, alcatrão ou qualquer outra tinta que não seja à base de polímeros sintéticos ou de polímeros naturais modificados, dispersos ou dissolvidos em meio não aquoso. Dessa forma, conforme a planilha elaborada pelo autuante, com a classificação indicada no Convênio ICMS 74/94, reproduzida neste voto, concluo que a mercadoria objeto da autuação, pela sua descrição nas notas fiscais e respectiva classificação no código de NCM, está sujeita ao regime da substituição tributária, e por isso, o autuado deveria ter efetuado a retenção do imposto.

Em relação aos cálculos que também foram contestados pelo impugnante, o autuante informou que o problema maior está focado em três meses, entre os vinte e quatro meses fiscalizados, quais sejam, outubro de 2009, junho e outubro de 2010. Disse que refez o levantamento fiscal, desta feita com base nos dados das NF-e emitidas pelo impugnante, conforme novos demonstrativos às fls. 949/976. O valor do imposto reduziu sensivelmente, quando comparado o demonstrativo do autuado com o novo levantamento fiscal. Ou seja, o autuante disse que refez os cálculos, desta vez com base nas Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e, que em princípio, não devem trazer diferenças entre a realidade da operação e os dados nela contidos. Por isso, foi produzido novo demonstrativo de débito à fl. 949, no valor total de R\$1.001,412,27.

Na manifestação apresentada após a revisão efetuada pelo autuante com base nas Notas Fiscais Eletrônicas, o defensor elaborou demonstrativo semelhante ao do autuante à fl. 945, comparando o valor do ICMS registrado originalmente no Auto de Infração, o valor calculado pelo autuado e o novo cálculo apresentado pelo autuante. Afirma que há cobrança de R\$5.534,55 a mais do que realmente devido.

Entretanto, considerando que o novo levantamento do autuante foi efetuado com base nas NF-e, não foi apresentado pelo defensor qualquer dado que comprovasse incorreção em alguma nota fiscal utilizada no levantamento fiscal, que permitisse qualquer alteração nos cálculos efetuados.

Vale salientar que a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF 07/05). Portanto, se existe algum erro quanto aos valores consignados na NF-e com repercussão na base de cálculo do imposto apurado no presente lançamento, o autuado deveria indicar para a necessária correção. Por isso, não acato a sugestão do autuante de que fiscal estranho ao feito seja designado para que examine fisicamente ou virtualmente as notas fiscais eletrônicas e verifique eventuais inconsistências efetivadas pelo autuado, haja vista que esta atribuição é do defensor que deveria apontar os equívocos proporcionando a elaboração de novos demonstrativos e quantificar novos valores.

Concluo pela subsistência parcial da autuação, no valor total de R\$1.001,412,27 (demonstrativo à fl. 949), considerando que a lei atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, de acordo com o art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei 7.014/96, e não é da competência desta Junta de Julgamento Fiscal analisar a constitucionalidade deste dispositivo legal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206912.0039/11-5, lavrado contra **TINTAS HIDRACOR S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.001.412,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA