

PROCESSO - A. I. N° 206912.0039/11-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TINTAS HIDRACOR S/A.
RECORRIDOS - TINTAS HIDRACOR S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0307-03/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/06/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0095-12/18

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. Feitos os cálculos, mediante revisão fiscal efetuada pelo autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada às preliminares de nulidades e indeferido o pedido de realização de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0307-03/13 (fls. 1332/1345), ter desonerado o sujeito passivo de parte dos valores exigidos no Auto de Infração lavrado em 30/03/12, exigindo ICMS no valor de R\$3.495.294,86, 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, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, relativo ao valor remanescente, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento.

Na decisão proferida, a 3ª JJF afastou o pedido de nulidade suscitada, sob alegação de ausência de elemento formal, não indicação da correta classificação das mercadorias, preterição do direito de ampla defesa e contraditório, por ter sido exigido o ICMS com base em norma complementar (Convênio) que não é lei, fundamentando que a indicação dos dispositivos infringidos (cláusulas do Convênio ICMS 74/94), não configura nulidade da autuação fiscal, tendo em vista que as regras do mesmo foram recepcionadas pela Lei 7.014/96 (art. 353, II, item 16 do RICMS-BA/97).

Também, que a descrição dos fatos (tinta em pó classificada como cal), indicação dos dispositivos infringidos, multa, apuração da base de cálculo e do imposto devido, obedeceram ao devido processo legal e da ampla defesa, sendo o imposto e base de cálculo apurados consoante levantamentos e documentos acostados aos autos, o que afasta o pedido de nulidade.

E ainda, indeferiu o pedido de realização de perícia para comprovar a veracidade das informações apresentadas nas razões defensivas, por entender que os fatos, circunstâncias no processo, apreciação de provas e a realização da diligência pode ser indeferida quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos (art. 147, II, do RPAF/99), inclusive de realização de diligência fiscal, cujo resultado foi dado conhecimento ao contribuinte e lhe concedeu prazo para que se manifestasse.

No mérito, apreciou que:

... 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 escorrimento 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 hidrata e pigmentos, o autuado confessa que esta mercadoria constitui uma mistura; contém verdadeiramente substâncias misturadas, pigmentos adicionados à cal hidrata 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.

A JJF recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, I, “a”, item 1, do RPAF/BA.

O sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 1358/1381), onde inicialmente comenta a autuação, julgamento na primeira instância e tempestividade.

Reitera a nulidade suscitada, sob o argumento de violação do princípio da ampla defesa e do contraditório, em razão de não ter sido indicado na autuação o dispositivo da lei estadual infringido. Argumenta que é equivocada a fundamentação da decisão afirmando que os dispositivos de Convênio que é norma complementar (art. 100 do CTN) foram recepcionados pela lei, sem indicar qual. E que, diante da ausência de dispositivo de lei, introduzindo as regras conveniadas na legislação tributária estadual, há clara violação ao art. 18, inciso II e IV, “a”, do RPAF/BA, preferindo o direito da ampla defesa e contraditório.

Reitera também o pedido de nulidade, sob o argumento de ausência de elemento formal essencial, pela não indicação da correta classificação das mercadorias, preferindo o direito de ampla defesa e contraditório (art. 18, IV, “a”, e art. 39, III, do RPAF/BA).

Argumenta que a JJF fundamentou que pela descrição dos fatos ficou evidente a irregularidade

apurada, mas sem conhecer a classificação das mercadorias, ficou sem poder exercer o seu direito de defesa.

Destaca que na comercialização de produtos enquadrados no Convênio ICMS 74/94, de acordo com a sua Cláusula primeira, procedeu à retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, mas não procedeu com relação ao produto *Tinta Pó Hidracor* - NCM 2522.3000, por não constar no anexo do citado Convênio, enquadrando no regime substituição tributária “Tintas, vernizes e outros”, classificada na NCM 3208, 3209 e 3210.

Atenta que a fiscalização afirmou que “TINTA PÓ HIDRACOR” (Cal Hidratada + pigmento), está inserida entre os produtos sujeitos a retenção do ICMS por substituição tributária, mas não indicou qual a classificação fiscal correta. Cita diversos julgados nulos (Conselho de Contribuintes), decorrente de erro na classificação fiscal e requer que o Auto de Infração seja julgado nulo, por não ter sido observado as formalidades legais (art. 18, IV, “a” do RPAF/BA).

No mérito, afirma que a decisão confirma que cal hidratada não é tinta, mas passa a ser, após adição de pigmento, porém a *Tinta em Pó Hidracor* é composta de “Cal Apagada (Hidróxido de cálcio e Magnésio) + Pigmentos orgânicos e inorgânicos” (www.hidracor.com.br) para dar a tonalidade desejada, como o Super CAL Hidracor, utilizados para pintura ou caiação (popular).

E que mesmo adicionado pigmentos, permanece inalterada a sua composição química (<http://www.ipt.br/>), conforme definição da diferença entre cal virgem e cal hidratada, a primeira originária da calcinação da rocha calcária (CaO) ou Ca+MgO (cal virgem dolomítica) e a segunda obtida a partir da reação da primeira com água, mas não é tinta.

Explica que a Cal é produzida a partir da calcinação dos CaCO³ (Carbonato de Cálcio) originando o CaO (Óxido de Cálcio), conhecido como cal virgem, que passando por um processo de hidratação, origina a Cal HIDRATADA (CaOH²), produto não sujeito à substituição tributária, nos termos do Convênio ICMS 74/94. Já a tinta, é composta 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, tendo como característica principal a presença de polímero, “resina”, responsável pela aglutinação dos pigmentos utilizados para dar a tonalidade desejada ao produto.

Afirma que a tinta é uma classe de revestimento, mas nem todo revestimento é tinta, a 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. Conclui que a Cal Hidratada é um produto de baixo valor agregado, além de faltar o componente definidor básico, a resina.

Distingue que a tinta líquida se difere da tinta em pó, pela ausência de solventes, conforme reconheceu o julgador, que manifestou dizendo que a Tinta Hidracor se enquadra na NCM 3210 0 - Outras Tintas, o que não é verdade, por não se enquadrar no Convênio ICMS 76/94, que relaciona produtos enquadrados no regime de ST.

Descreve o processo produtivo da Cal Hidratada, acrescida de pigmentos, que mantido os componentes naturais não se classifica como tintas utilizadas com finalidade de revestimentos porosos, enquanto a cal promove uma pintura popular denominada de “caiação” e mesmo estando sendo classificada no ramo das tintas populares, com NCM 25.22 ou 28.25, não pode ser enquadrada na NCM 3210, bem como na NCM 3208, 3209.

Renova o pedido de realização de perícia, para responder a quesitação formulada à fl. 1379, requer a nulidade da autuação por está configurado a ocorrência de vício insanável, e também por não indicar os dispositivos legais infringidos.

A PGE/PROFIS no parecer à fl. 1386, afirma que o recorrente reitera todos os termos da impugnação inicial e que por ser uma matéria eminentemente fática, requer uma análise por parte da Infaz Indústria quando ao enquadramento da mercadoria, como cal, tinta ou produto que se

enquadre ou não no regime de substituição tributária.

Em 24/04/14, a 1^a CJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 1388) à DPF/GESUT solicitando emissão de parecer técnico quanto à NCM do produto objeto da autuação (Tinta em Pó Hidracor) e o seu enquadramento no regime de substituição tributária.

A GESUT se manifestou à fl. 1392, esclarecendo que não é de sua competência emitir parecer técnico quanto a classificação fiscal de mercadoria na NCM e sim da Receita Federal através da Coordenação-Geral Aduaneiro (COANA), nos termos da IN RFB 740/07.

Afirma que a DITRI entende que um determinado produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando está descrito na norma legal com a sua correspondente classificação fiscal (NCM), não bastando a sua descrição, e sim havendo uma convergência entre a descrição e sua classificação, sendo importante a classificação do produto na NCM para a solução da lide.

Cientificado do resultado da diligência o recorrente se manifestou (fl. 1.397/1401)), comentando a autuação, ressaltando que a composição da Tinta em Pó Hidracor nada difere do Supercal Hidracor, “a não ser pelo acréscimo do pigmento”.

Reitera os termos do recurso interposto infirmando que o produto em questão possui a NCM 2522.3000 (Cal Hidráulica) e difere de tinta que é composto 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. Requer o provimento do recurso.

O autuante se manifestou (fls. 1419 a 1443), reiterando todos os termos das informações fiscais, comenta a decisão proferida pela primeira instância, as razões expendidas pelo contribuinte, ressaltando que a questão não se resume se o produto é tinta em pó ou cal hidratada, visto que se trata de um tipo de tinta rudimentar distinta das tintas polimerizadas classificável nas posições 3208 e 3209. E que existe a posição 3210 da NCM para as demais tintas que não possuam polímeros na sua composição.

Cita a cláusula primeira do Convênio ICMS 74/94, que especifica tintas, vernizes e outros com a NCM 3208, 3209 e 3210, relativo a tintas à base de polímeros sintéticos ou de polímeros naturais modificados, dispersos ou dissolvidos em meios aquosos (3209) e não aquoso (3208) e o 3210 onde se classificam as demais tintas à base de pigmentos, à água preparados, dos tipos utilizados para acabamento de couros, como é o caso da “tinta em pó” objeto da autuação.

Discorre sobre a ISO 4618 que trata de conceituações sobre tintas e afirma que a tinta objeto da autuação se enquadra como tinta. Tece comentários sobre os compostos, aplicação, pareceres de técnico, dissertações sobre pintura a base de cal largamente utilizada no Brasil, faz uma análise dos manuais de tintas, definição de tintas oriunda de indústrias químicas, indica sítios na internet de informações sobre tintas (fl. 1438) e conclui que o produto em questão jamais pode ser recepcionado no Capítulo 25 da NCM na subposição 2522.000, nem da linhagem da 3208 e 3209 e sim da posição 3210 que é sujeita à ST, nos termos do Convênio ICMS 74/94.

Afirma que o parecer da GESUT é inconclusivo, mas nada impede que se forme uma convicção técnica a respeito do produto em tela se é tinta ou não. E ainda, que a Receita Federal promova uma solução de consulta, vincularia os contribuintes aos tributos de competência da União, mas não vincularia aos órgãos fazendários estaduais e municipais.

Entende ser desnecessário realizar qualquer tipo de perícia a exemplo da decisão promovida na primeira instância do CONSEF.

Em 29/01/15, a 1^a CJF decidiu converter o processo em segunda diligência (fl. 1451) seguindo orientação da DPF/GESUT solicitando que fosse intimado o contribuinte autuado para apresentar consulta formal a Coordenação Geral do Sistema Aduaneiro da Receita Federal (COANA) para que informasse qual a classificação fiscal na tabela NCM do produto o: TINTA EM PÓ HIDRACOR.

A Secretaria do CONSEF lavrou termo no qual desapensou as páginas 1456 por se tratar de recurso interposto no PAF 080556.0002/15-9.

No Parecer ASTEC 22/17 (fl. 1636/1637) o parecerista informou que em 01/02/17 intimou o estabelecimento autuado para que em cumprimento a diligência de fl. 1451 formulasse consulta a COAMA quanto à classificação do produto que foi objeto da autuação (Tinta Hidracor).

Porém, conforme documentos de fls. 1638 a 1641 a empresa afirmou que a:

Consulta não é o único caminho a ser trilhado por este processo administrativo, e muito menos o mais célere, acabando por impor ao Contribuinte o ônus da correção dos valores tidos como devidos.

Deu como concluída a diligência fiscal em razão do posicionamento do contribuinte.

Cientificado do resultado da diligência, o recorrente se manifestou (fl. 1665 a 1667), comenta o teor da diligência e afirma que conforme respondido ao diligente o melhor caminho para solução da lide seria a realização de perícia técnica por organizações inseridas no seio das universidades públicas brasileiras, a exemplo da Fundação Núcleo de Tecnologia da Universidade Federal do Ceará; Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT) da Universidade de São Paulo; Instituto Alberto Luiz Coimbra (UFRJ) e Laboratório de Pesquisa e Desenvolvimento em Química (LPQ) da UFBA.

Reafirma que o produto em questão (Tinta em Pó Hidracor) não mais é que cal hidratada que sofre processo mecânico de adição de extratos de plantas ou minerais para dar a tonalidade desejada ao produto, cuja classificação na Tabela NCM 2522 é de cal hidratada.

Requer a realização de perícia e direito de sustentação oral em sessão de julgamento.

O autuante se manifestou (fls. 1675 a 1678), inicialmente contextualiza a intempestividade do recurso interposto, inscrição em dúvida ativa e entende que o recurso é tempestivo.

Com relação à diligência fiscal, afirma que o recorrente teve oportunidade para demonstrar por meio de órgão competente federal para contradizer que o produto objeto da autuação é tinta e que continuará repetindo que o produto é cal hidratada, mas não se admite que a cal incorpore misturas o que caracteriza como tinta em pó decorrente da mistura de cal e pigmentos.

Requer a procedência da autuação, como tem decidido o CONSEF no Acórdão CJF 0117-11/17.

A PGE/PROFIS em novo parecer às fls. 1691/1692 inicialmente contextualiza a questão sobre o produto objeto da autuação (Tinta Hidracor) que é composto de cal hidratada + pigmentos e o teor da diligência solicitada para que consultasse a COANA sobre a classificação NCM do produto.

Afirma que diante da recusa do contribuinte para formular a consulta a COANA, constata que a legislação consumerista impõe que os fornecedores indiquem na embalagem do produto as suas características, qualidade, quantidade, composição, garantia entre outros. Junta à fl. 1693 cópia da propaganda com indicação das características do produto (Tinta Hidracor) e afirma que o próprio fabricante identifica o produto como tinta em pó, conforme foto da embalagem o que caracteriza o produto como tinta nos termos do Convênio ICMS 74/94.

A Procuradora Assistente Rosana Maciel Bittencourt Passos (fl. 1694) da PGE/PROFIS/NCA acolhe o parecer exarado pelo Procurador José Augusto Martins Júnior da PGE/PROFIS.

Na assentada do julgamento o autuante após a leitura do relatório solicitou que fosse reaberto prazo de dez dias para se manifestar acerca do Parecer da PGE/PROFIS.

O Patrono do recorrente manifestou ser desnecessário tomar conhecimento do Parecer da PGE/PROFIS por entender que o posicionamento daquele órgão já foi manifestado anteriormente e representa o posicionamento da fiscalização quanto ao mérito em julgamento.

Foi submetido à deliberação da Câmara em relação ao pedido formulado pelo autuante, tendo os membros da 2ª CJF por unanimidade indeferido o pedido.

O autuante suscitou a nulidade da Decisão quanto ao indeferimento do pedido por entender que compromete o exercício do contraditório.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício em razão da desoneração de parte do crédito tributário na Decisão proferida pela 3^a JJF.

Na defesa apresentada o sujeito passivo apontou divergência nos valores apurados pela fiscalização nos meses de outubro/09, junho e outubro/2010 conforme demonstrativos apresentados às fls. 76 a 78, indicando o valor do ICMS-ST registrado no Auto de Infração (apurado pela fiscalização) e o calculado pela empresa.

O autuante às fls. 943 e 944 reconheceu os erros de cálculos apontados pelo sujeito passivo, informando que o problema maior se restringe a três dos vinte e quatro meses fiscalizados (outubro de 2009, junho e outubro de 2010) em razão de ter utilizados dados das NF-e emitidas pelo impugnante, conforme novos demonstrativos às fls. 949/976.

Refez os demonstrativos originais com base nas NFes o que implicou na redução do débito original de R\$3.495.294,86 para R\$1.001.412,27, conforme demonstrativo sintético de fl. 949, o qual foi acolhido na Decisão proferida pela 3^a JJF que julgou procedente em parte o Auto de Infração.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que:

- A) A fiscalização acostou às fls. 8 a 34, demonstrativos analíticos de apuração do ICMS-ST (falta de retenção), tendo impresso a primeira e última folha do demonstrativo gravado na mídia acostada à fl. 54, cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo (fl. 50);
- B) Tomando por exemplo da NFe 45.405 de 01/06/2010 no demonstrativo acostado pela fiscalização à fl. 27, indica valores do ICMS-ST de R\$6.363,41. Entretanto, conforme demonstrado pelo sujeito passivo à fl. 78, a referida nota fiscal juntada à fl. 507 indica valor do ICMS-ST de R\$1.913,96. O mesmo fato ocorre com outras notas fiscais.

Pelo exposto, restou comprovado que apesar do demonstrativo elaborado pela fiscalização ter sido feito com base de dados contidas em arquivos magnéticos fornecidos pelo estabelecimento autuado, foi constatado no saneamento do processo que os mesmos estavam incorretos e a correção foi feita pela fiscalização tomando como base os demonstrativos apresentados junto com defesa, porém com base nos valores consignados nas notas fiscais.

Assim sendo, constato que a desoneração promovida no julgamento de primeira instância decorre de erros materiais que foram saneadas com base nos documentos fiscais carreados ao processo.

Fica mantida a Decisão que reduziu o débito de R\$3.495.294,86 para R\$1.001.412,27 conforme demonstrativo refeito pela fiscalização e acostado à fl. 949.

Recurso de Ofício NÃO PROVADO.

Quanto ao Recurso Voluntário interposto inicialmente cabe apreciar a nulidade suscitada, sob o argumento de violação do princípio da ampla defesa e do contraditório por de não ter sido indicado na autuação o dispositivo da lei estadual infringido.

Conforme fundamentado na Decisão da primeira instância, foi indicado no enquadramento da infração a infringência às Cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Convênio ICMS 74/94.

Por sua vez os artigos 49 e 49-A da Lei nº 7.014/96 autoriza o Poder Executivo a celebrar e ratificar convênios firmados no âmbito de competência do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Uma vez firmado o Convênio, os contribuintes localizados nos Estados signatários são obrigados a cumprirem suas regras, que no caso foram recepcionadas pela legislação do Estado da Bahia, com inclusão dos produtos objeto da autuação (tintas) no regime de substituição tributária, conforme art. 353, II, item 16 do RICMS-BA/97.

Ressalte-se que esta previsão está contida no art. 9º da LC 87/96 que prevê que a adoção do regime

de substituição tributária em operações interestaduais depende de acordo específico celebrado pelos Estados interessados, norma que é reproduzida nos artigos 10 e 11 da Lei Estadual 7.014/96 relativa ao ICMS de competência do Estado da Bahia.

Na situação presente, o próprio estabelecimento autuado efetuou inscrição estadual como substituto tributário (IE 40.242.198) que foi grafado nas notas fiscais a exemplo da NFe 46.901 (fl. 603) na qual indicou o valor devido do ICMS-ST como previsto no Convênio ICMS 81/1993.

E, ainda, não houve preterição de direito de defesa, nem impedimento do exercício do contraditório tendo em vista que na impugnação o sujeito passivo apresentou argumentos para tentar provar que os produtos não estavam enquadrados no regime de substituição tributária, bem como indicou erros na constituição da base de cálculo e imposto exigido, que foi corrigido conforme apreciado no Recurso de Ofício, o que demonstra ter compreendido e se defendido da acusação de infringência a regras do Convênio ICMS 76/94.

Pelo exposto fica rejeitada a nulidade suscitada.

Quanto à nulidade arguida sob o argumento de ausência de elemento formal essencial, pela não indicação da correta classificação das mercadorias, preferindo o direito de ampla defesa e contraditório, observo que a infração descreve que não foi feita a retenção do ICMS-ST, complementando que “nas operações interestaduais, denominada tinta em pó, erroneamente classificada pelo contribuinte como cal 100% pura” quando na verdade se enquadra como tinta.

Por sua vez os demonstrativos de fls. 8 a 34 relacionam as notas fiscais nas quais foram consignadas operações de vendas interestaduais com os produtos que o contribuinte classificou como cal e a fiscalização entendeu tratar se de tinta em pó enquadrados no regime de substituição tributária por força do Convênio ICMS 74/94.

Assim sendo, ao contrário do que foi alegado à descrição da infração e os demonstrativos possibilitaram ao sujeito passivo identificar os produtos e a infringência a legislação do imposto que motivou o lançamento, existindo a correta classificação das mercadorias que possibilitou exercer o direito de defesa e exercer o contraditório, como o fez. Quanto a classificação das mercadorias, será apreciada nas razões de mérito. Fica rejeitada, também esta nulidade suscitada.

Em relação ao pedido de realização de prova pericial por técnico-especializado para comprovar a alegação de que o produto comercializado é cal e não tinta, observo que diante da apresentação dos elementos que compõem o produto objeto da autuação foi determinado a realização de diligência fiscal para que o estabelecimento autuado fizesse consulta a COANA para atestar qual a NCM do produto, visto que a classificação da NCM na TIPI (2522.3000 ou 3208, 3209 e 3210) determinaria se o produto se classifica como cal ou tinta, e consequentemente se está enquadrado ou não no regime de substituição tributária, que foi a motivação da autuação.

Como o recorrente se negou a fazer consulta a COANA, entendo que deve ser negado o pedido de realização de perícia requisitada em razão do convencimento do julgador, ficando indeferido o pedido nos termos do art. 147, II, do RPAF/BA, considerando que as provas contidas nos autos e a decisão quanto ao enquadramento da mercadoria.

Por fim, quanto à nulidade suscitada pelo autuante em relação ao pedido de vistas do Parecer PGE/PROFIS, entendo que o mencionado Parecer é opinativo e serve de parâmetro de controle da legalidade. Portanto, não há previsão no RPAF/BA de cientificar as partes quanto ao Parecer formulado, mesmo porque, como ressaltado pelo Patrono do recorrente não acrescenta nada de novo que não tenha sido discutido nos autos. Fica rejeitado o pedido de vistas, por deliberação dos membros desta 2^a CJF.

No mérito, a infração acusa que o sujeito passivo não procedeu à retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária do produto *Tinta Pó Hidracor - NCM 2522.3000*, que a fiscalização entende tratar se de “Tintas, vernizes e outros”, classificada na NCM 3208, 3209 e 3210, enquanto o contribuinte afirma ser “*Cal Apagada (Hidróxido de cálcio e*

Magnésio) + Pigmentos orgânicos e inorgânicos”, mas não é tinta, nem sujeita ao regime de substituição tributária prevista no Convênio ICMS nº 74/94.

Conforme dito pela recorrente a Cal é produzida a partir da calcinação dos CaCO₃ (Carbonato de Cálcio) originando CaO (Óxido de Cálcio) conhecido como cal virgem, que passando por um processo de hidratação origina a Cal HIDRATADA (CaOH²). O produto com essa composição não se caracteriza como tinta e não está sujeito à substituição tributária nos termos do Convênio ICMS 74/94.

Entretanto, o produto comercializado TINTA EM PÓ HIDRACOR, conforme indicado na embalagem (fl. 1693) indica que é “*uma tinta a base de cal, com excelente cobertura e rendimento*”. Apesar de ser um produto (tinta) de baixo valor agregado, classificada no ramo das tintas populares, como admitido pelo recorrente além da Cal HIDRATADA (CaOH²) é adicionado pigmentos orgânicos e inorgânicos que confere cobertura, cor, brilho e proteção que não se apresenta no produto básico (Cal Hidratada).

Para dirimir a dúvida suscitada pelo recorrente, se o produto é apenas cal hidratada ou tinta, diante da quesitação formulada (fl. 1379) atendendo ao opinativo da PGE/PROFIS (fl. 1386) o processo foi convertido em diligência (fl. 1388) à DPF/GESUT, que sugeriu (fl. 1392), formular consulta a Receita Federal através da Coordenação-Geral Aduaneiro (COANA), nos termos da IN RFB 740/07, quanto a classificação fiscal de mercadoria objeto da autuação e sua NCM.

Na segunda diligência determinada por esta 1^a CJF (fl. 1451) foi solicitado que o estabelecimento autuado formulasse a consulta a Coordenação Geral do Sistema Aduaneiro da Receita Federal (COANA) quanto à classificação fiscal na tabela NCM do produto objeto da autuação: TINTA EM PÓ HIDRACOR, porém o sujeito passivo não atendeu a diligência por entender que não caberia a ele o “*ônus da correção dos valores tidos como devidos*”, sugerindo a realização de perícia técnica por organizações inseridas no seio das universidades públicas brasileiras.

Pelo exposto, considero correta a apreciação contida na Decisão ora recorrida de que o produto cal (Óxido de Cálcio) é um material obtido pela decomposição térmica de rochas calcárias moídas que entre outros usos, faz-se pinturas de baixo custo para muros (caiação) e jardinagem.

A cal hidratada é obtida pela hidratação da cal virgem, constituída essencialmente de hidróxido de cálcio e hidróxido de magnésio (CaOH²). Entretanto, o produto objeto da autuação possui na sua composição cal hidratada e pigmentos adicionados que caracteriza como tinta que integra o terceiro grupo de tintas classificado na NCM 3210 (outras tintas) que submete se ao regime de substituição tributária prevista no Convênio ICMS 74/94.

Concluo que o produto em questão é comercializado como *tinta* (indicado na embalagem do produto) e ao contrário do que alega o recorrente de que se trata de comercialização de cal hidráulica, possui na composição pigmentos orgânicos e inorgânicos que lhe confere cor e textura, é utilizado como tinta pelos consumidores (popular). Por isso, considero que o produto se caracteriza como tinta (outras) com classificação NCM 3210 e consequentemente, enquadrado no regime de substituição tributária.

Ressalto ainda que a 1^a CJF manifestou este entendimento no Acórdão CJF 117-11/17 e não deu provimento a Decisão da 2^a JJF no Acórdão nº 0088-02/16 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração relativo às operações de TINTA EM PÓ, realizadas por outro contribuinte em situação similar da comercialização de “*pó de cal com pigmento*”, que não poderia ser recepcionada no Capítulo 25 da NCM, subposição 2522.3000.

Naquele Processo de nº 206912.0038/11-9 foi alegado que em processo relativo ao estabelecimento ora autuado (Hidracor) foi determinado a realização de diligência fiscal a COANA (Receita Federal) objetivando identificar a classificação fiscal na tabela NCM (Processo nº 206912.0039/11-5), que como anteriormente relatado não foi efetivada sob o argumento do recorrente de que este não seria o caminho a ser trilhado por este processo administrativo e muito menos o mais célere.

Como decidido por esta 2^a CJF caso posteriormente o contribuinte formule consulta à COANA e obtenha resposta favorável a suas pretensões, poderá o ingressar na PGE/PROFIS com o Pedido de Controle da Legalidade que se acolhido poderá conduzir à nova apreciação da Decisão do mérito.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, mantendo inalterada a Decisão que julgou PROCEDENTE EM PARTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206912.0039/11-5, lavrado contra TINTAS HIDRACOR S/A, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.001.412,27, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES – REPR. DA PGE/PROFIS