

PROCESSO - A. I. N° 080556.0002/15-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TINTAS HIDRACOR S/A.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 1^a CJF n° 0153-11/18
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/07/2022

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0143-11/22-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE SAÍDAS DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. TINTA EM PÓ E HPLUS. PRODUTOS CONSTANTES NO CONVÊNIO ICMS 74/97. A lei atribui ao fabricante de tintas, a condição de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Mantida a Decisão recorrida. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Representação proposta pela PGE/PROFIS em razão do Acórdão 1^a CJF N° 0153-11/18, que Negou Provimento ao recurso, mantendo a decisão de Primeira Instância que julgara Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2015, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 1.744.671,41, em razão de duas infrações distintas, sendo objeto da presente representação apenas a Infração 02, abaixo descrita.

...
INFRAÇÃO 02: 08.18.03 - *Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$ 1.699.860,78, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos exercícios de 2011 a 2014, por ter a empresa descumprido as determinações do Convênio ICMS 74/94.*

A 1^a Câmara de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 20/06/2018 (fls. 640 a 650) e Negou Provimento ao Recurso Voluntário, em decisão unânime. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1^a instância inerente à segunda infração do lançamento de ofício, a qual foi julgada procedente pela Decisão recorrida.

Inicialmente, devo ressaltar que, embora o recorrente tenha requerido que este Processo Administrativo Fiscal fosse julgado em conjunto com o PAF n° 206912.0039/11-5, em virtude da conexão entre os mesmos, sob a justificativa de que “... nele está em discussão justamente a verdade imprescindível para os presentes autos: a “Tinta pó” nada mais é do que um nome comercial do produto “Cal Hidratada”, de modo que não se submete ao ICMS-ST.”, tal pleito não há como ser atendido, eis que o referido PAF foi julgado em 04.04.2018, através do Acórdão CJF n° 0095-12.18, como também por inexistir previsão legal para acolhimento de tal feito.

Quanto à arguição de nulidade do Auto de Infração pela ausência de dispositivo legal estadual infringido, cerceando-lhe o direito de defesa, tendo em vista que nele consigna como infringidas as cláusulas do Convênio ICMS 74/94, as quais tratam apenas de normas complementares que prescindem de ratificação por parte do Poder Executivo de cada Unidade da Federação, há de ressaltar que:

O art. 9º da LC 87/96 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 n° 7.014/96, relativa ao ICMS de competência do Estado da Bahia, conforme a saber:

Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo

específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

Art. 11. Quando for celebrado entre a Bahia e outras unidades da Federação acordo para cobrança do imposto por substituição tributária nas operações com determinada mercadoria, ficará esta automaticamente enquadrada no regime, na forma prevista em regulamento.

Logo, o Convênio obriga os contribuintes, localizados nos Estados signatários, a cumprirem suas regras, que no caso concreto foram recepcionadas pela legislação do Estado da Bahia, com inclusão dos produtos objeto da autuação (tintas) no regime de substituição tributária. Ademais, por se tratar de contribuinte inscrito no cadastro do Estado da Bahia, na condição de “Substituto Tributário”, sob nº 40.242.198, deve obediência às normas estipuladas neste Estado.

Por outro lado, o art. 129, § 4º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), assim como o art. 18, § 2º, como também o art. 19, do RPAF, estabelecem que não se decretará a nulidade sem prejuízo e que o erro na indicação de dispositivo legal não implica em nulidade, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal e seja possível determinar a natureza da infração.

Sendo assim, não há como acolher a preliminar de nulidade do Auto de Infração, sob esta ótica. Primeiro, por inexistir erro no enquadramento e segundo, caso houvesse erro de enquadramento, mesmo assim, não haveria de anular o lançamento de ofício, visto o pleno exercício de defesa pelo contribuinte e explícito conhecimento do que estava sendo acusado, conforme se pode comprovar das próprias razões de mérito apresentadas, o que comprova inexistir qualquer prejuízo ao contraditório e ao direito de defesa do sujeito passivo, razão de anuir em todos os termos o quanto já consignado na Decisão recorrida no sentido de afastar a pretensa nulidade do Auto de Infração.

Ainda o recorrente arguiu a nulidade do Auto de Infração por ausência de indicação da correta classificação das mercadorias, ensejando preterição do direito de ampla defesa e contraditório. Contudo, a próprio recorrente se contradiz, quanto ao alegado cerceamento ao seu direito de defesa, quando afirma que “Assim sendo, no tocante às operações de venda dos produtos “Tinta Pó Hidracor” e “HPLUS”, não procedeu com o mencionado recolhimento, uma vez que tratam-se de Cal Hidratada / Hidráulica, cujo código NCM é 2522.30.00, tal não consta no anexo do Convênio já citado”.

E mais paradoxal à sua tese de cerceamento do direito de defesa é quando traz à tona 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:”, numa plena demonstração do que estava sendo acusado.

Por outro lado, em que pese a discussão se tratar de matéria inerente ao mérito da lide e não de nulidade da exação fiscal, há de se registrar que os levantamentos fiscais que fundamentam a infração demonstram, analiticamente, por documento fiscal, todos os dados da operação, inclusive o produto “TINTA PÓ ...” e o Convênio ICMS 74/94, o que já torna bastante clara a compreensão da infração e, sua consequente NCM, cujo entendimento foi plenamente absorvido pelo recorrente, conforme se comprova das razões de mérito e do próprio texto acima reproduzido, o que nos leva, mais uma vez, a não acolher tal pleito.

Inerente ao pedido de realização de prova pericial técnico-especializada, conjuntamente com o PAF nº 206912.0039/11-5, a qual seria capaz de comprovar a veracidade das informações recursais da classificação fiscal do “HPLUS” e da “Tinta Pó Hidracor” sob o NCM nº 2522.30.00 (“cal hidráulica”), não sujeita ao recolhimento de ICMS por Substituição Tributária nos moldes do Convênio ICMS 74/94, há de ressaltar que, conforme trecho do voto exarado no Acórdão CJF nº 0095-12.18, abaixo transcrito, relativo ao citado PAF nº 206912.0039/11-5, a próprio recorrente se negou a atender a diligência, razão de indeferir o pedido.

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.

Observo que a matéria de fato é determinar a real classificação dos produtos “Tinta Pó Hidracor” e “HPLUS”, se sob o NCM nº 2522.30.00 (cal) ou sob a NCM nº 3210 (Outras tintas), do que vislumbro que se trata do exercício da interpretação da norma (hipótese legal) ao caso concreto, sendo desnecessária qualquer prova contrária, salvo a certificação da Coordenação Geral do Sistema Aduaneiro da Receita Federal (COANA), sob a real classificação fiscal, conforme foi perquirida, porém negligenciada pela demandada, o recorrente. Assim, 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.

Da análise das razões de mérito, propriamente ditas, conforme já mencionado, o deslinde da lide é a devida classificação dos produtos em questão, tendo o recorrente sustentado que, tanto a “Tinta Pó Hidracor”, quanto o produto “HPLUS”, estão classificados sob NCM Nº 2522.30.00, razão pela qual deve a autuação ser declarada improcedente, uma vez que tal produto constitui-se basicamente de Cal Apagada (Hidróxido de Cálcio e Magnésio) com ínfimas frações de pigmento colorantes, não se configurando como tinta, visto que o pigmento não tem o condão de alterar as propriedades essenciais da substância, apenas de lhe conferir cor, capacidade de resistência, sem, contudo, mudar sua essência.

Vislumbro não merecer acolhimento as razões recursais, visto 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.

Para melhor dirimir a questão, consta na “Nota 1” do “Capítulo 25” da Tabela TIPI que:

Salvo disposições em contrário e sob reserva da Nota 4 abaixo, apenas se incluem nas posições do presente Capítulo os produtos em estado bruto ou os produtos lavados (mesmo por meio de substâncias químicas que eliminem as impurezas sem modificarem a estrutura do produto), quebrados (partidos), triturados, pulverizados, submetidos a levigação, crivados, peneirados, enriquecidos por flotação, separação magnética ou outros processos mecânicos ou físicos (exceto a cristalização). Não estão, porém, incluídos os produtos ustulados, calcinados, resultantes de uma mistura ou que tenham recebido tratamento mais adiantado do que os indicados em cada uma das posições. (grifo nosso)

Logo, a “mistura” de cal e pigmento resulta nos produtos “TINTA EM PÓ” ou “HPLUS”, embora sem ter por base a resina e “solvente”. Em consequência, enquadram-se no terceiro grupo de tintas classificado na NCM 3210 (outras tintas), especificamente no NCM 32.10.00.10, aliás, como comercializado, que se submete ao regime de substituição tributária prevista no Convênio ICMS 74/94.

Registre-se que o CONSEF vem decidindo conforme tal entendimento (tratar-se de tinta), por unanimidade, a exemplo dos Acórdãos nos: 0307-03.13, 0117-11.17 e 0095-12.18, relativos ao mesmo sujeito passivo.

Quanto ao pleito do recorrente para excluir do débito exigido os valores recolhidos pelos adquirentes das mercadorias, também não há como acolhê-lo, pois, por previsão legal, o sujeito passivo da obrigação é o próprio contribuinte, ora recorrente, sendo intransferível a responsabilidade tributária lhe atribuída em lei para os seus destinatários, os quais, a qualquer momento, dentro do prazo decadencial, caso provada a tributação indevida pelos mesmos, o que apenas trata de conjectura, poderão pedir ao Estado da Bahia a restituição dos indébitos fiscais, o que acarretaria prejuízos ao erário estadual de grande monta.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida, devendo homologar-se os valores recolhidos.”

Inconformado, o contribuinte peticionou ao Presidente do CONSEF/BA (folhas 665/683), acostando cópia de Relatório Técnico, subscrito pela Fundação Núcleo de Tecnologia Industrial do Ceará – NUTEC, cuja conclusão aponta no sentido de que:

“... os produtos fabricados pela Empresa Tintas Hidracor S/A, nomeados Tinta em Pó Branco e Tinta em Pó Verde Amazonas, não se classificam como tintas a base de polímeros sintéticos, naturais ou modificados (poliésteres, acrílicos ou vinílicos) ou outras tintas utilizadas para acabamento de couros, TIPI 2017, Capítulo 32, NCM 3208, 3209 e 3210.

Os produtos Tinta em Pó Branco e Tinta em Pó Verde Amazonas, da Empresa Tintas Hidracor S/A, são considerados produtos a base de cal. Quando diluídos em água e aplicados em superfícies diversas, apresentam aparência de uma pintura, porém, a camada da película seca resultante não tem nenhuma das propriedades oferecidas pelas resinas, características das tintas em pó fabricadas de acordo com os conceitos tecnológicos exigidos para a aplicação dos processos de fabricação de tintas, como apresentado.

Com relação às descrições adotadas na TIPI 2017, conclui-se que os produtos analisados se identificam com as descrições adotadas no Capítulo 25, NCM 2522.30.00 – Cal hidráulica.”

Ao final, requereu que fosse determinada a suspensão da exigibilidade do presente Auto de Infração, bem como que a administração tributária efetuasse a revisão de ofício do presente PAF para declarar como indevida a exigência fiscal nele contida.

Às folhas 891/893, consta nova manifestação do Sujeito Passivo, requerendo: “*a) a exclusão do pagamento realizado em 12/2015, conforme comprovante que anexa; e b) a exclusão da equivocada cobrança de R\$ 346.939,97, a título de honorários advocatícios, já que o débito não se encontra inscrito em dívida ativa*”. Requer que as publicações sejam em nome do causídico

Celso Luiz de Oliveira.

À folha 853 (verso), consta despacho do Coordenador Administrativo do CONSEF, encaminhando o PAF à PGE/PROFIS, com vistas a que o requerimento do contribuinte seja avaliado à luz do controle da legalidade, prerrogativa prevista no art. 113 e seguintes do RPAF/BA.

À folha 859, consta despacho da procuradora Dra. Maria Dulce Baleiro, em que informa que o PAF foi inscrito em Dívida Ativa, no dia 27/03/2017, descabendo o pedido do Sujeito Passivo de exclusão do montante relativo a honorários advocatícios.

Às folhas 863/866, consta parecer emitido por Dr. José Augusto Martins Júnior, mediante o qual tece as seguintes considerações.

Após fixar a premissa de que o regime de substituição tributária se constitui em um sistema normativo excepcional, traduzindo-se em uma técnica diferenciada de arrecadação, em cadeias de mercadorias capilarizadas, transcreve o texto da Cláusula primeira do Convênio ICMS 74/94, destacando que as tintas consistem em “*uma mistura de pigmentos e cargas em uma resina, compondo uma película sólida, com objetivos de proteção, revestimento e estética de superfícies*”. Acosta GUIA TÉCNICO AMBIENTAL TINTAS E VERNIZES – SÉRIE P+L, emitido pela Secretaria do Meio Ambiente do Governo do Estado de São Paulo (folhas 868/875), para fundamentar o conceito citado.

Ao final, conclui, com base no Guia Técnico acostado, que:

“*... a cal pigmentada não se traveste da natureza físico-química das tintas, por faltar elementos essenciais como a resina e, do ponto de vista da tinta em pó, na sua aplicação em superfície.*

Assim sendo, em que pese o excelente trabalho realizado pelo autuante, as indicações técnicas carreadas aos autos dão suporte à tese do contribuinte, fincada no sentido da não classificação da ‘cal’ no gênero ‘tintas’, não se emoldurando, portanto, no regime de exceção da substituição tributária”.

Pautado para julgamento pelo então Relator, Dr. Valnei Sousa Freire, em sessão de julgamento do dia 30/05/2019, esta 1ª CJF deliberou por converter o feito em diligência, à INFRAZ de Origem, com vistas a que o contribuinte fosse intimado a anexar, no prazo de trinta dias, pedido de consulta formal à COANA, a respeito da correta classificação NCM do seu produto descrito como “tinta em pó”, objeto do lançamento tributário em lide.

Às folhas 902/905, o Sujeito Passivo acosta petição, dirigida ao CONSEF, mediante a qual tece as seguintes considerações.

Destaca, inicialmente, que, a despeito de a COANA não mais possuir competência para responder consulta acerca da classificação fiscal de mercadorias (art. 14 da IN RFB nº 1.464, de 08/05/2014), a empresa constou laudo técnico da Fundação Núcleo de Tecnologia Industrial do Ceará – NUTEC, que esclarece em profundidade a situação de fato. Transcreve trecho do laudo citado, no ponto relativo às suas conclusões, ressaltando que tais conclusões foram acolhidas pela Procuradoria do Estado da Bahia.

Sustenta a desnecessidade de formulação de consulta uma vez que o contribuinte não tem quaisquer dúvidas que necessitem de manifestação da Receita Federal, já que amparada por posicionamento técnico de professores ligados ao NUTEC.

Assim, pede que seja afastada a determinação de consulta à COANA, pedindo que seja realizada uma nova perícia técnica por órgão ou entidade técnico científica.

Pautado para julgamento pelo então relator, o Dr. Leonel Araújo Souza, esta 1ª CJF deliberou, em sessão de julgamento realizada em 02/10/2019, converter o PAF em nova diligência, à Presidência do CONSEF/BA, com vistas a que fosse formulada consulta à COSIT, para sanar a seguinte dúvida: “*Qual a classificação fiscal (NCM) do produto comercializado pelo Recorrente como ‘Tinta em Pó’, esclarecendo em que categoria da Tabela de IPI pode ser enquadrado?*”.

Às folhas 914/918 (verso), consta resposta à consulta formulada à Receita Federal, esclarecendo que a mercadoria descrita como “*preparação contendo cal hidratada, calcário dolomítico e*

pigmentos, apresentada em pó; acondicionada em sacos plásticos; utilizadas, após adição de água, para pintura de paredes externas e internas, em diversas opções de cores, comercialmente denominada ‘tinta em pó’” classifica-se no código NCM 3824.99.79 (outros produtos e preparações à base de elementos químicos ou de seus compostos inorgânicos, não especificados nem compreendidos noutras posições).

Redistribuído o PAF para este Relator, em face do afastamento de Leonel Araújo Souza, esta 1^a CJF, em sessão suplementar do dia 27/11/2020, considerando que a resposta à consulta formulada pela Secretaria da Fazenda representou um fato novo, posterior à proposição da presente Representação, cuja conclusão colide com aquela exarada no laudo técnico que serviu de base à elaboração da peça recursal. Considerando, ainda, que a NCM “3824.99.79” (referida pela Receita Federal) se encontra listada no Convênio 74/94, prevendo a adoção do regime de substituição tributária para as mercadorias ali enquadradas, deliberou por converter o feito em diligência, à PGE/PROFIS, com vistas a que seja emitido novo parecer jurídico, à luz do tratamento jurídico contido na resposta à consulta, dada pela Receita Federal, analisando se as mercadorias objeto da infração em exame, denominadas “tintas em pó” devem ser submetidas ao regime de substituição tributária, em concordância com a presente autuação, ou se, ao contrário, devem ser excluídas do lançamento em exame.

Às folhas 933/936, foi emitido o parecer solicitado, da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, tecendo as considerações que seguem.

Registra, inicialmente, que, diante da resposta fornecida pela Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal do Brasil, às fls. 1014/1018, observa-se, com a devida vénia ao entendimento tracejado no pedido em análise, que a RFB entendeu que, de fato, a cal hidratada, em que pese possuir uma importante função na constituição duma tinta, não se amolda exatamente ao produto tinta, desde que não presente o produto solvente. Transcreve trecho da resposta dada à consulta para amparar o seu entendimento.

Pontua que, de forma clara, a resposta à consulta pela RFB apenas reforça a tese de que a cal pigmentada não se traveste da natureza físico-química das tintas, por faltar elementos essenciais como o solvente, não se emoldurando, portanto, no regime de exceção da substituição tributária, ressaltando que, em que pese a NCM descrita para o produto se encaixar no regime ST, a descrição da mesma no lançamento não se deu sob esta categorização, sendo assim uma evidente inovação na autuação, entendê-la como enquadrada em outra NCM e, pior que isto, sob nova descrição.

Em face do exposto, reitera a Representação nos moldes ora formulado.

À folha 937, a Procuradora Assistente, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, acolheu o parecer emitido.

Cientificado do teor do parecer, o Sujeito Passivo apresenta manifestação, reiterando os seus argumentos e requerendo a improcedência do lançamento.

VOTO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS em acolhimento aos argumentos do contribuinte, deduzidos em petição dirigida àquele órgão, requerendo o controle da legalidade acerca da decisão contida no Acórdão 1^a CJF Nº 0153-11/18, que julgara Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em face da empresa TINTAS HIDRACOR S/A.

A questão sob exame se restringe à Infração 02, cuja conduta foi assim descrita: “*Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$ 1.699.860,78, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos exercícios de 2011 a 2014, por ter a empresa descumprido as determinações do Convênio ICMS 74/94*”. Trata-se de exigência de ICMS em face da comercialização de mercadorias denominadas “TINTAS EM PÓ HIDRACOR” e “HPLUS”, sem retenção e recolhimento do ICMS-ST, relativo às operações subsequentes.

Discute-se, aqui, o enquadramento, ou não, das mercadorias comercializadas, pelo Contribuinte, no regime de substituição tributária, defendendo, a fiscalização, que os itens se subsomem à regra disposta no Convênio 74/94, enquanto que o Sujeito Passivo nega tratar-se de “TINTAS”, defendendo que seus produtos se classificam como “CAL”, fora, portanto, do regime de substituição tributária.

Vê-se que a representação oferecida se calcou nas conclusões extraídas do Relatório Técnico, emitido pela Fundação Núcleo de Tecnologia Industrial do Ceará, ligada ao Governo cearense (folhas 695/714), conforme se lê em trecho extraído às folhas 864/865, abaixo reproduzido.

“...

Uma leitura do Convênio 76/94, obriga-nos a se debruçar sobre o conceito técnico de tintas e vernizes, de modo a podermos emoldurar o produto cal pigmentada como espécie do gênero “tintas”.

Com efeito, entendendo que a denominação tinta seria apenas encerrada na sua finalidade de pintar superfícies, teríamos como certo o enquadramento do produto cal no gênero previsto no Convênio 76/94, contudo, com a devida licença, não nos parece o melhor caminho, vejamos.

Conforme dito acima, caso o legislador desejasse atrelar o produto a uma finalidade, por óbvio, o faria expressamente no texto normado, utilizando-se da expressão lingüística indicativa dum escopo, como, por exemplo, a especificação do item II, acima transcrito, assentada na conjunção subordinativa “para”.

Na hipótese das tintas e vernizes, entretanto, a finalidade não foi sua mola identificadora, sendo imperiosa uma análise técnica dos mesmos.

Neste sentido, não há como se olvidar o relatório técnico trazido pelo recorrente, porquanto extremamente elucidativo.

Extrai-se do relatório técnico que os produtos “Tinta em pó Branco e Tinta em Pó Verde Amazonas” não se encartam no conceito técnico e científico de tinta, pela ausência de componente essencial na configuração deste produto, especificamente a resina (grifos acrescidos).

...”

Ou seja, entendeu, a Douta PGE, com base no Relatório Técnico citado, que o produto comercializado pela autuada “não se emoldura no conceito de tintas”, sem se atentar para o fato de que o Convênio ICMS 74/94 não se limita às operações com “tintas”, mas alcança outros produtos, conforme enuncia na sua ementa, abaixo reproduzida.

“CONVÊNIO 74/94

Dispõe sobre regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química (grifo acrescido).”

De fato, o convênio citado alcança não somente as operações com “tintas”, mas também com “vernizes” e “outras mercadorias da indústria química”, conforme se lê acima.

Por oportuno, deve-se ressaltar que a acusação fiscal não fez menção à composição química do produto comercializado pelo Sujeito Passivo, nem mesmo fez qualquer menção à expressão “tintas”, limitando-se, a motivação do lançamento, às disposições do Convênio ICMS 74/94, conforme se lê à folha 02 do PAF, cuja redação reproduzo abaixo.

“INFRAÇÃO 02: 08.18.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. A empresa deixou de reter e recolher o ICMS ST devido na realização das operações interestaduais, subordinadas às disposições do Convênio ICMS 74/94. ...”

A ideia de que “não se trata de tintas” veio aos autos no bojo da impugnação proposta pela empresa, sem que tal limitação lhe fosse oferecida pela peça acusatória, conforme restou demonstrado. Portanto, não me parece que o lançamento deva estar vinculado à composição química de tintas, já que a exigência fiscal se pauta na ideia de subsunção das operações autuadas às disposições do Convênio ICMS 74/94, sem que disso possa resultar em uma “mudança de fulcro da autuação”, segundo consta no parecer PGE.

Quanto ao Relatório Técnico emitido pela Fundação Núcleo de Tecnologia Industrial do Ceará, seu alcance não pode transbordar além da área técnica, na qual a entidade tem inegável expertise. Falta-lhe competência, todavia, para esmerar-se em enquadrar, a mercadoria em exame, na

Tabela de IPI, como atabalhoadamente se arvorou, à folha 713, em trecho que reproduzo abaixo.

“6. CONCLUSÃO

*Conclui-se, com base nas análises laboratoriais que os produtos fabricados pela Empresa Tintas Hidracor S/A, nomeados **Tinta em pó Branco** e **Tinta em Pó Verde Amazonas**, não se classificam como tintas a base de polímeros sintéticos, naturais ou modificados (poliésteres, acrílicos ou vinílicos) ou outras tintas utilizadas (sic) para acabamento de couros, TIPI 2017, Capítulo 32, NCM 3208, 3209 e 3210.*

...
Com relação às descrições adotadas na TIPI, conclui-se que os produtos analisados se identificam com as descrições adotadas no Capítulo 25, NCM 2522.30.00 – Cal hidráulica.”

De fato, um laudo técnico, emitido por uma instituição que possui expertise em tecnologia deve se limitar a atestar as qualidades físico-químicas do material analisado, sem adentrar-se em aspectos de índole normativo-tributária em relação aos quais não possui conhecimento técnico.

Nesse sentido, restou pertinente a solicitação de diligência emanada desta 1^a CJF, ainda na relatoria anterior, em que se pediu que o Sujeito Passivo fosse intimado a ingressar com pedido de consulta à COANA, órgão da Receita Federal do Brasil, com competência para dirimir dúvidas acerca da matéria ora em exame.

Curiosamente, o Contribuinte negou-se a dirimir tal dúvida, afirmando, equivocadamente, que: “... o ponto mais relevante é que o contribuinte não tem quaisquer dúvidas que necessitem de manifestação da Receita Federal do Brasil, pois sua convicção, lastreadas em conduta que vem desde os primórdios de sua atividade e foi reforçada pelo posicionamento técnico de escol de professores ligados ao NUTEC, é de que a mercadoria que gerou o debate nestes autos administrativos não se constitui como suporte material à **operação lógica de subsunção do fato à norma prescritiva** invocada pela fiscalização”.

Ou seja, o Contribuinte ignorou solenemente a competência, atribuída à União, para responder a Consultas relativas à classificação das mercadorias e resolveu prestigiar um enquadramento feito por entidade desprovida de competência técnica para tal.

De fato, afigura-se desarrazoada a tentativa de enquadrar a mercadoria autuada no Capítulo 25 da TIPI, como “CAL”, pois, à vista do quanto disposto na “Nota 1” do Capítulo 25 da TIPI, o seu conteúdo afasta de suas posições os produtos resultantes de mistura, conforme abaixo.

“Capítulo 25

Sal; enxofre; terras e pedras; gesso, cal e cimento

Notas.

1.- *Salvo disposições em contrário e sob reserva da Nota 4 abaixo, apenas se incluem nas posições do presente Capítulo os produtos em estado bruto ou os produtos lavados (mesmo por meio de substâncias químicas que eliminem as impurezas sem modificarem a estrutura do produto), quebrados (partidos), triturados, pulverizados, submetidos a levigação, crivados, peneirados, enriquecidos por flotação, separação magnética ou outros processos mecânicos ou físicos (exceto a cristalização). Não estão, porém, incluídos os produtos ustulados, calcinados, resultantes de uma mistura ou que tenham recebido tratamento mais adiantado do que os indicados em cada uma das posições (grifos acrescidos).”*

Ora, conforme consta no Relatório Técnico da Fundação Núcleo de Tecnologia Industrial do Ceará, a *Tinta em pó Branco* é composta por “dolomita”, “hidróxido de cálcio”, “hidróxido de magnésio”, “carbonato de cálcio” e “óxido de silício”. Da mesma forma, a *Tinta em Pó Verde Amazonas* é composta por “hidróxido de cálcio”, “carbonato de cálcio”, “óxido de silício”, “carbeto de silício” “silicato de cálcio” e o “pigmento green (verde fitalocianina)”. Vide folha 712. Assim, jamais poderiam ser enquadradas numa classificação destinada às substâncias em estado puro ou bruto.

Nesse sentido, é a resposta dada pela Receita Federal do Brasil, quando afirma a impossibilidade de classificação dessas mercadorias no capítulo 25, conforme se lê em trecho à folha 915 (verso), abaixo destacado.

“Trata-se de produto industrializado, obtido pela mistura de cal hidratada, calcário e pigmentos, que visa ser utilizado na pintura de ambientes internos e externos. Não se trata de um produto bruto isolado, em estado

primário, como seria característico dos produtos do Capítulo 25, mas sim de uma mistura de produtos, para a obtenção de uma mercadoria que visa ser utilizada como tinta, após a adição de água, pelo usuário, no momento do preparo para o uso.”

Assim, concluiu, a Receita Federal, que a mercadoria descrita como “*preparação contendo cal hidratada, calcário dolomítico e pigmentos, apresentada em pó; acondicionada em sacos plásticos; utilizadas, após adição de água, para pintura de paredes externas e internas, em diversas opções de cores, comercialmente denominada tinta em pó, classifica-se no código NCM 3824.99.79 (outros produtos e preparações à base de elementos químicos ou de seus compostos inorgânicos, não especificados nem compreendidos noutras posições)*”.

Assim, o tratamento jurídico a ser dispensado às tintas fabricadas pelo autuado deve observar o enquadramento dado pelo órgão técnico competente para tal, ou seja, a classificação na NCM 3824.99.79 (outros produtos e preparações à base de elementos químicos ou de seus compostos inorgânicos, não especificados nem compreendidos noutras posições).

Em sendo assim, é forçoso concluir que os produtos fabricados pela empresa Tintas Hidracor se encontram enquadrados no regime de substituição tributária, uma vez que encontra previsão no item VI do Anexo Único ao Convênio 74/94, conforme abaixo.

ITEM	ESPECIFICAÇÃO	POSIÇÃO NA NCM
...
VI	Produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas (exceto cola escolar branca e colorida em bastão ou líquida nas posições NCM 3506.1090 e 3506.9190) e adesivos.	2707, 2713, 2714, 2715.00.00, 3214, 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807
	...	

Nesse sentido, entendo que a decisão recorrida não merece reparo, devendo ser mantida na sua íntegra.

Diante do exposto, voto no sentido de NÃO ACOLHER A PRESENTE REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS.

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia, discordo do voto proferido pelo i. Relator, com base nos argumentos abaixo explanados.

Na representação discute-se a questão do enquadramento, ou não, das mercadorias comercializadas, pelo Contribuinte, no regime de substituição tributária, defendendo, a fiscalização, que os itens se subsomem à regra disposta no Convênio 74/94, enquanto que o Sujeito Passivo nega tratar-se de “TINTAS”, defendendo que seus produtos se classificam como “CAL”, fora, portanto, do regime de substituição tributária.

Pois bem.

A representação da PGE/PROFIS em favor da tese do contribuinte calcou-se em conclusões extraídas do Relatório Técnico, emitido pela Fundação Núcleo de Tecnologia Industrial do Ceará, ligada ao Governo cearense (folhas 695/714), bem como na resposta da consulta formulada à Receita Federal por este CONSEF, onde se chega a clara conclusão de que a Cal não se emoldura no conceito de tintas.

É o que se conclui dos próprios excertos abaixo reproduzidos. Veja:

Relatório Técnico do Núcleo de Tecnologia Industrial do Ceará:

“...

Uma leitura do Convênio 76/94, obriga-nos a se debruçar sobre o conceito técnico de tintas e vernizes, de modo a podermos emoldurar o produto cal pigmentada como espécie do gênero “tintas”.

Com efeito, entendendo que a nomeação tinta seria apenas encerrada na sua finalidade de pintar superfícies, teríamos como certo o enquadramento do produto cal no gênero previsto no Convênio 76/94, contudo, com a devida licença, não nos parece o melhor caminho, vejamos.

Conforme dito acima, caso o legislador desejasse atrelar o produto a uma finalidade, por óbvio, o faria expressamente no texto normado, utilizando-se da expressão lingüística indicativa dum escopo, como, por exemplo, a especificação do item II, acima transscrito, assentada na conjunção subordinativa “para”.

Na hipótese das tintas e vernizes, entretanto, a finalidade não foi sua mola identificadora, sendo imperiosa uma análise técnica dos mesmos.

Neste sentido, **não há como se olvidar o relatório técnico trazido pelo recorrente, porquanto extremamente elucidativo.**

Extrai-se do relatório técnico que os produtos “Tinta em pó Branco e Tinta em Pó Verde Amazonas” não se encartam no conceito técnico e científico de tinta, pela ausência de componente essencial na configuração deste produto, especificamente a resina (grifos acrescidos).

...

Resposta da Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal do Brasil RFB:

“preparação contendo cal hidratada, calcário dolomítico e pigmentos, apresentada em pó; acondicionada em sacos plásticos; utilizadas, após adição de água, para pintura de paredes externas e internas, em diversas opções de cores, comercialmente denominada ‘tinta em pó’” classifica-se no código NCM 3824.99.79 (outros produtos e preparações à base de elementos químicos ou de seus compostos inorgânicos, não especificados nem compreendidos noutras posições).

Assim, é incontroverso que o entendimento técnico sobre a questão, são claros ao apontar que a cal hidratada não se amolda exatamente ao produto tinta, uma vez que a cal pigmentada não se traveste da natureza físico-química das tintas, por faltar elementos essenciais como o solvente, não se emoldurando, portanto, no regime de exceção da substituição tributária.

Deste modo, alinho-me ao entendimento da PGE/PROFIS, e voto pelo ACOLHIMENTO da Representação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 080556.0002/15-9, lavrado contra **TINTAS HIDRACOR S/A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.744.671,41**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores comprovadamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Rafael Benjamin Tomé Arruty, Ildemar José Landin e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros (as): Laís Carvalho Silva e Anderson Ítalo Pereira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO VENCIDO

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS