

**PROCESSO** - A. I. Nº 298742.0001/04-6  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - CONSTRUMARO - MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. (COMPROU LEVOU)  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 1ª CJF nº 0332-11/04  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO AMARO  
**INTERNET** - 04/10/2007

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0326-11/07

**EMENTA:** ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. Representação proposta, com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, para que seja decretada a procedência parcial do Auto de Infração, em face da ilegalidade flagrante da cobrança da antecipação tributária relativa ao produto argamassa. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, da lavra da Procuradora Dr<sup>a</sup>. Ana Carolina Moreira, com fundamento no artigo 113, § 2º, c/c o art. 114, II e § 1º, do RPAF/99, dentro da sua competência para efetuar o controle da legalidade do Processo Administrativo Fiscal, para manifestar discordância da cobrança relativa ao produto argamassa, por flagrante ilegalidade na pretensão de incluir no rol das mercadorias sujeitas a antecipação tributária, produto que não se enquadra nessa classificação.

Foi ressaltado que o contribuinte protocolou pedido de controle da legalidade do crédito tributário constituído no Auto de Infração a PGE/PROFIS, face à suposta existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante, relativa à exigência de antecipação tributária sobre o produto argamassa, por estar fundada em razões equivocadas na ótica do autuado, sob o pretexto que estaria a exigência amparada no Anexo 88 do RICMS, item 17, que relaciona dentre os produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, as *“Tintas, vernizes, ceras de polir [...] e demais produtos relacionados no item 16 do inciso II do art. 353”*, que por seu turno relaciona, no item 16.15.5 (art. 353, inciso II), como sujeito à antecipação, a “massa plástica de códigos NCM 3214.10.10 e 32.14.90.00, estando o produto adquirido pelo autuado enquadrado no segundo código citado, entendo, assim o CONSEF, que a natureza da mercadoria não deveria ser observada, bastando existir, ainda que alocada de forma incorreta, a citada codificação na documentação fiscal.

Foi destacado que, ao requerimento de controle de legalidade, o requerente anexou cópia do Parecer GECOT nº 1.283/99, em resposta a consulta realizada sobre o tratamento a ser aplicado sobre a mercadoria argamassa, no qual restou concluído que tal mercadoria se situa na posição 3816-00 e que não se inclui no rol das mercadorias sujeitas a substituição tributária, prevista no art. 353 do RICMS/BA, devendo ser dada saída a mesma nos termos do art. 408-D, § 1º, do RICMS, ou seja, com destaque de imposto na nota fiscal.

Sustenta a PGE/PROFIS que *“Não há que se negar que a consulta no Estado da Bahia tem efeito “vinculante”, como se depreende do conteúdo expresso na norma dos arts. 55/65 e seguintes do RPAF/BA relativos ao assunto, mas a despeito disso, constatamos que o produto argamassa realmente não está sujeito à antecipação tributária, tendo em vista que não se encontra listado no art. 353, inciso II, item 16.15/RICMS e em nenhum outro item ou anexo relativo as mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária por antecipação.”*

Salienta que o cerne da questão reside justamente na irregularidade contida nas notas fiscais acostadas ao processo (fls. 59, 61, 86, 88 dentre outras) relativas a comercialização da argamassa,

visto que, muito embora, a descrição do produto compreenda o tipo, modelo, a espécie e demais elementos que permitem a sua perfeita identificação, a classificação fiscal do mesmo não corresponde a sua natureza e sim da massa plástica – NCM 3214.90.00 -- a qual trata-se de mercadoria totalmente distinta da argamassa. Assim, entende que o fato de tal classificação fiscal ter sido aposta na nota, não implica que a mercadoria esteja sujeita a antecipação tributária, já que o produto fornecido se trata de argamassa e não de massa plástica, motivo pelo qual assiste razão aos argumentos trazidos pelo contribuinte.

De todo o exposto, e com espeque no art. 113, § 2º, do RPAF, a PGE/PROFIS manifesta discordância da cobrança relativa ao produto argamassa, por flagrante ilegalidade na pretensão de incluir no rol das mercadorias sujeitas a antecipação tributária, produto que não se enquadra nessa classificação. Assim, com fundamento no art. 114, II e § 1º, do RPAF, representa ao Conselho de Fazenda Estadual para a apreciação do fato, pugnando pela correção da falha apontada e reforma da Decisão.

Às fls. 827 dos autos, a Procuradora Dr<sup>a</sup>. Leila Von Söhsten Ramalho, designada para a revisão dos Pareceres emanados da Coordenação Extrajudicial da PROFIS, no exercício da Consultoria Jurídica e do Controle de Legalidade, manifesta-se no sentido de acolher a Representação, tendo, à fl. 828, o Dr. José Augusto Júnior, na condição de Procurador-Chefe da PGE/PROFIS, concordado em todos os termos com o Parecer exarado, que concluiu pela interposição da presente Representação ao CONSEF, em razão da ilegalidade flagrante inserta na Decisão da 1ª CJF (Acórdão CJF nº. 0332-11/04), em face do equívoco enquadramento do produto argamassa no rol dos produtos sujeitos ao regime da antecipação tributária.

## VOTO

No exercício do controle de legalidade a PGE/PROFIS interpõe Representação ao CONSEF para que exclua do total do débito de R\$ 20.292,06, exigido no Auto de Infração, o qual foi julgado procedente em Decisão unânime pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, consoante Acórdão CJF nº. 0332-11/04, os valores correspondentes à exigência da antecipação tributária incidente sobre o produto “argamassa”, pugnando pela correção da falha e reforma da Decisão, em face de flagrante ilegalidade na pretensão de incluir no rol das mercadorias sujeitas a substituição tributária, produto que não se enquadra nessa classificação.

Da análise dos demonstrativos às fls. 25 a 28; 123 a 126 e 214 a 217 dos autos, cujos valores apurados foram transportados para o Auto de Infração, se comprova que, efetivamente, o produto “argamassa” compõe do levantamento fiscal destinado à cobrança do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88, conforme consignado na infração 1.

Realmente, o produto argamassa não está enquadrado no regime de substituição tributária, consoante já demonstrado e didaticamente esclarecido através do Parecer nº 1007/2002, a seguir transcrito em parte:

Nº Parecer : 1007 / 2002 Data Parecer : 09/04/2002 03:24:00 PM

*Ementa : ICMS. Consulta. Substituição tributária. Convênio ICMS 74/94. Art. 353, II, 16.11.5 e 16.15.5. Argamassa, rejuntas e similares não estão na substituição tributária.*

*A empresa ..... formula Consulta desejando informações referentes à ARGAMASSA para saber se esse produto encontra-se na substituição tributária. Apresenta os seguintes códigos dos produtos NCM 1073001, 106001000 e 32149000.*

*Enviado o processo a GERSU, houve esclarecimento de que os números 1073001 e 106001000 não constam da tabela NCM. Explica que para o produto argamassa os códigos NCM são:*

*1) 3824.50.00 - argamassas e concretos (betões), não refratários;*

*2) 3816.00.10 - cimentos e argamassas refratários;*

3) 3214.90.00 - outros produtos da posição 3214 (mastique de vidraceiro, cimentos de resina e outros mastiques; indutos utilizados em pintura; indutos não refratários do tipo dos utilizados em alvenaria).

A GERSU esclarece que os produtos elencados nas posições 3824.50.00 - argamassas e concretos (betões), não refratários e 3816.00.10 - cimentos e argamassas refratários não estão na substituição tributária. Quanto ao item 3214.90.00, se for impermeabilizante e massa plástica estão na substituição tributária por força do art. 353, inciso II, itens 16.11.5 e 16.15.5. Quanto ao demais produtos não estão na substituição tributária porque o Convênio ICMS 74/97 não elencou os produtos da posição 3214.90.100 da NBM/SH. Com o surgimento da NCM e a utilização dos seus códigos pela NBM/SH, a posição 3214.90.00 absorveu o código 3214.90.0100, que não estava no Convênio ICMS 74/94. Conclui afirmando categoricamente que argamassa, rejuntas e produtos similares não estão elencados no regime de substituição tributária, mesmo enquadrados na posição 3214.90.00 da NCM.

Dos produtos constantes da posição NCM 3214.90.00, o Regulamento do ICMS no art. 353, inciso II só inclui na substituição tributária "outros impermeabilizantes (exceto tinta em pó)" e "massa plástica". Portanto, argamassas e concretos (betões) não refratários, cimentos e argamassas refratários, rejuntas e produtos similares não estão na substituição tributária, por força do Convênio ICMS 74/94.

Diante do exposto, ACOLHO a Representação em todos os seus termos, para excluir, do montante exigido na primeira infração, a quantia de R\$2.492,19, abaixo demonstrada, relativa ao produto “argamassa”, remanescendo, por conseguinte, a quantia de R\$6.303,83 conforme a seguir:

EXERCÍCIO DE 2000					EXERCÍCIO DE 2001					EXERCÍCIO DE 2002				
Nota Fiscal	Data	Valor	ICMS a Excluir	Fte (fl)	Nota Fiscal	Data	Valor	ICMS a Excluir	Fte (fl)	Nota Fiscal	Data	Valor	ICMS a Excluir	Fte (fl)
23799	01/05/00	450,84	71,91	25	4461	07/03/01	909,79	99,62	123	5618	25/01/02	171,60	18,79	214
23800	01/05/00	234,09	37,33	25	5681	25/04/01	747,83	81,89	123	14570	25/01/02	1.032,70	113,10	214
30917	01/07/00	504,96	80,54	26	6369	22/05/01	592,64	64,88	124	14571	25/01/02	30,47	3,33	214
30918	01/07/00	201,96	32,21	26	7335	27/06/01	937,00	93,00	124	14723	01/02/02	635,27	69,55	214
742	22/09/00	461,11	50,50	26	9654	03/09/01	505,92	55,40	124	15751	01/03/02	636,71	69,73	214
741	22/09/00	438,88	48,05	26	9663	03/09/01	505,92	55,40	124	16503	26/03/02	955,05	104,58	214
1510	01/11/00	466,27	51,06	27	9664	03/09/01	375,57	41,12	124	16933	10/04/02	955,05	104,58	215
1509	01/11/00	312,97	34,27	27	9665	03/09/01	28,89	3,16	124	18448	28/05/02	650,51	71,23	215
					2219	03/09/01	18,90	2,07	124	18447	28/05/02	303,16	33,20	215
					2220	03/09/01	312,00	34,16	125	19099	14/06/02	661,53	72,44	215
					12066	09/11/01	739,90	81,03	125	20050	16/07/02	521,35	57,09	215
					3766	09/11/01	154,94	16,97	125	20048	16/07/02	615,19	67,37	215
										21144	07/08/02	1.626,92	178,15	216
										22431	06/09/02	17,93	1,97	216
										22430	06/09/02	944,06	103,37	216
										24447	21/10/02	1.317,00	144,21	216
										25955	25/11/02	2.032,29	239,94	216
										25954	25/11/02	41,43	4,99	216

Desta forma, ante acima explicitado, remanesce o débito no valor de R\$17.799,87 para autuação.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS