

PROCESSO - A. I. N° 206847.0023/06-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - VEDACIT DO NORDESTE S/A.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdãos 1^a CJF n° 0386-11/08 e 0057-11/09
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/08/2017

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0181-11/17

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DO DÉBITO. Representação proposta de acordo com o art. 113, §5º, I do RPAF/BA c/c 136, §2º do COTEB com objetivo de excluir dos autos mercadorias não sujeitas à sistemática da substituição tributária à época da autuação por não fazerem parte dos Convênios ICMS 74/94 e 28/95, conforme é indicado nas diligências fiscais solicitadas. Representação PARCIALMENTE ACOLHIDA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Representação interposta pela PGE/PROFIS que, no controle de legalidade, após verificar a existência de julgamentos lavrados contra a mesma empresa que reconheceu a inexistência de substituição tributária para alguns produtos da requerente, diferentemente do ora, presente julgado.

O primeiro julgamento feito pela 1^a CJF, sob o nº 0386-11/08 (fls. 452 a 475) foi referente ao presente Auto de Infração nº 206847.0023/06-6 e manteve várias mercadorias que o segundo julgamento realizado pela 2^a CJF sob o nº 0120-12/12 excluiu do lançamento fiscal, derivado o Auto de Infração nº 206847.0001/06-1 (fls. 642 a 652).

A infração guerreada neste Auto de Infração nº 206847.0023/06-6, lançado em 18/12/2006 é a seguinte, *in verbis*:

Infração 01 – 07.02.03 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado. Total da Infração R\$ 268.464,84

O despacho de aceitação da presente Representação se encontra a fls. 542 e determina a remessa dos autos em diligência para o fiscal autuante “*a fim de que se manifeste acerca dos argumentos apresentados pela autuada em sua manifestação de fls 513 a 516*”.

Em resposta, foi erigido a informação Fiscal em sede de Controle da Legalidade, fls. 548 a 554, da lavra do Auditor fiscal Roberto Vicente Marubayashi que pontua a seguinte conclusão:

“Dos itens analisados apenas Adiment, Cemix, Supercimental e Vedajá, tinham NCM e descrição coincidentes na legislação nos exercícios de 2004 e 2005.

E relação aos demais, exceto Desmol e Argamassa OBE (já retirada do AI), tinham apenas a NCM prevista na legislação.”

Após a juntada de todos os documentos do processo administrativo referente ao segundo Auto de Infração de nº 206847.0001/06-1, foi exarado o Parecer de fls. 656 a 659, onde a n. Procuradora Paula Gonçalves Morris Matos explana que não cabe a PGE a representação pela nulidade ou improcedência de Auto de Infração. Entretanto, a representação só poderá ser admitida “*se a linha de interpretação trilhada pela autuação realmente não encontrasse albergue no texto da lei ou nos elementos da prova acostados ao processo*”, o que, segundo relata, é exatamente a hipótese dos autos.

Pontua que foram lavrados dois Autos de Infração contra a Autuada, com lançamento baseado por idêntico motivo legal, “*qual seja, a falta de retenção e consequente recolhimento do imposto devido por substituição tributária relativa a operações internas subsequentes*”.

Historia que em 24/05/12 foi publicada Decisão pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal em relação ao Auto de Infração nº 206847.0001/06-2, em sentido diametralmente oposto aquele exarada em 13/11/2008 pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal relativa ao presente Auto de Infração 206847.0023/06-6. Coloca que houve câmbio do posicionamento “*acerca da contemplação de algumas mercadorias comercializadas pela autuada e consideradas nas autuações sub examine no regime de substituição tributária, ante a ausência de guarida na legislação de regência*”.

Aponta que houve minuciosa diligência no PAF 206847.0001/06-2 que culminou com a exclusão de diversos produtos, por não considerá-los como sujeitos à sistemática da substituição tributária ao tempo da ação fiscal.

Sopesa que no Parecer Astec nº 006/2010, acostado às fls. 621 a 628, o Auditor Fiscal diligente entendeu que a maioria dos produtos que constavam no levantamento fiscal não fazem parte do Convênio ICMS 74/94 e do Convênio ICMS 28/95, bem como do artigo 353, II, item 16.2 do RICMS/BA.

Com essas considerações, a n. Procuradora aduz que “*a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, acertadamente acompanhou as ilações perpetradas pela sua assessoria técnica no Acórdão CJF Nº 0120-12/12 (fls. 642/652), tendo, à vista disso, excluído do Auto de Infração nº 206847.0001/06-2 as mercadorias não sujeitas à sistemática da substituição tributária no momento da ação fiscal, o que deve ser realizado no presente expediente*”.

Pontua, no entanto, que o Acórdão prolatado pela 1ª CJF (nº 0386-11/08, fls. 452/457) cobrou imposto devido por substituição sobre as seguintes mercadorias: ADIMENT, ALVENAIT, CEMIX, DESMOL, TERADR VZ, EXPANSOR, SUPRECIMENTOL, V-1, GRAUTH S, VEDACIT RÁPIDO, VEDAJÁ e VEDALIT.

Por seu turno, o Parecer ASTEC nº 006/2010 (fls 621 a 628), acolhido pela 2ª CJF em sua Decisão (nº 0120-12/12, fls. 642 a 652) afastou os seguintes produtos: ADIMENT, ALVENARIT, ARGAMASSA OBE 500, CEMIX, CEMIX AIR, DESMOL, DESMOL BETONEIRA, REVETIMENTO OBE, V-1 GRAUTH, V-2 GRAUTH, VEDAJÁ, VEDALIT, EXPANSOR, MIXOIL.

Acrescenta que a Decisão da 2ª CJF foi mantida a cobrança dos produtos RETARD, RETARD SP, RETARD VZ, VEDACIT RÁPIDO E SUPRACIMENTOL.

Diante dessas circunstâncias, conclui a i. Procuradora que devem ser excluídas as mercadorias não sujeitas à sistemática da substituição tributária no momento da ação fiscal, qual sejam: ADIMENT, ALVENAIT, CEMIX, DESMOL, EXPANSOR, V-1 GRAUTH S, VEDAJÁ e VEDALIT.

Em seguida, houve o acolhimento integral, por parte da Drª Rosana Maciel Bittencourt Passos, das razões feitas no Parecer de fls. 656 a 659.

Em termos, os autos foram distribuídos ao então Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, da 2ª CJF, que baixou os autos em diligência à ASTEC/CONSEF (fls. 669 e 670), para que:

- a) Fosse elaborado novo demonstrativo excluindo do demonstrativo final julgado na CJF os seguintes produtos: ALVENAIR, DESMOL, EXPANSOR, V-1 GRAUTH S, e VEDALIT;
- b) Elaborasse demonstrativo individualizado, quantificando a exigência do imposto estadual quanto aos itens ainda controvertidos, de acordo com a análise da PGE/PROFIS e do fiscal autuante, para os seguintes produtos: ADIMENT, CEMIX e VEDAJÁ.

Em resposta, foi erigido o Parecer ASTEC nº 094/2015 (fls. 678 a 680), do pulso do Sr. Auditor Fiscal José Inácio de Aquino, que, após extrair os produtos ALVENARIT, DESMOL, EXPANSOR, V-1 GRAUTHS e VEDALIT apontou que o valor residual seria de R\$131.836,35.

Em manifestação de fls. 690 e seguintes, o Contribuinte aponta que não houve a exclusão dos

produtos ADMENT, CEMIX e VEDAJÁ, conforme a determinação da PGE/PROFIS formulada do bojo Controle de Legalidade.

Por seu turno, o Auditor Fiscal Autuante Roberto Vicente Marubayashi, em missiva acostada às fls. 694 a 696, aduz que em 26 de agosto de 2014, na qualidade de Auditor estranho ao feito “*prestou informações fiscais (fls. 538 a 554 do PAF) ao auto em referência, tendo concluído que à época do fato gerador, ou seja, nos anos de anos de 2004 e 2005, dos itens autuados apenas os produtos Adiment, Cemix, Supracimentol e Vedajá estavam sujeitos à Substituição Tributária*”.

Diz que a PGE/PROFIS, com base no Parecer ASTEC nº 006/2010, referente ao Auto de Infração nº 206847.0001/06-2, concluiu que os produtos Adiment, Cemix e Vedajá não estavam sujeitos à substituição Tributária e, portanto, deveriam ser excluídos do presente Auto de Infração.

Pontua que não houve concordância entre o entendimento da PGE/PROFIS e o Fiscal Autuante, como propala o anterior Relator no corpo da 1ª diligência da Representação, pois, “*A PGE entendeu que, além de outros, os produtos Adiment, Cemix e Vedajá deveriam ser excluídos da autuação*”, sendo contrário o seu posicionamento, uma vez que, “*este revisor considerou como estado sujeitos à Substituição Tributária e, portanto, NÃO deveriam ser excluídos do Auto, contrário, desta forma, do que afirma o Parecer da PGE*”.

Quanto ao produto Adiment, aduz o seguinte:

“*Embora divergente da informação do fiscal estranho ao feito (3824.90.00), a classificação considerada correta pela Astec (3824.40.00) está contida no item 16.11.4 do Art. 352: '16.11.4 – preparação antiácida ou impermeabilizante para cimento – NCM 3824.4000', (vide fls. 361). Considerando que o produto misturado ao concreto tem como uma de suas propriedades conferir-lhe impermeabilidade (fonte: manual Técnico Vedacit, fl. 276 do PAF) também sua descrição enquadra-se perfeitamente no item 16.11.4, do art. 353 do RICMS/97 estando sim sujeito à substituição Tributária*”

Em relação ao Vedajá

“*este item merece especial atenção tendo em vista ser o mais significativo em termos de valor reclamado no Auto de Infração. Conforme Parecer Astec, a classificação dada pelo Contribuinte com base em consulta à Ditri foi MBM 3214.90.0100, correspondente à NCM 3214.90.00 – Indutos n/refratários utilizados em tijolos. O Parecer, no entanto, sem justificar o motivo, informa que a classificação correta é 3824.50.00 – Argamassas e concretos não refratários. O fiscal estranho ao feito manteve a posição inicial, 3214.90.00, não só porque foi a informação dada pela Ditri ao contribuinte, como também devido ao fato da sua descrição enquadra-se mais à NCM 3214.90.00, ou seja, pelo fato de ser um induto. Entende-se por induto com sendo um tipo de revestimento sendo este no caso, ‘Revestimento impermeável contra infiltrações composto por cimento, aditivos e agregados minerais. Aplicado sobre concreto, alvenaria e argamassas. Garante total impermeabilidade.’, conforme informa Parecer Astec (fl. 526, a corroborado pelas informações contidas no Manual Técnico da própria Vedacit (fl. 342 do PAF).*

(...)

Com efeito, o produto Vedajá é de fato um impermeabilizante enquadrando-se de maneira mais consistente no item 16.11.5 do que no item 16.15.5 do art. 353 do RICMS/97.”

Já no que tange o produto CEMIX, o n. Autuante informa o seguinte:

“*O Parecer Astec não faz qualquer menção sobre este produto. Não deveria a Procuradora, portanto, com base no Parecer, excluí-lo da autuação. E, conforme relato fiscal estranho ao feito, “CEMIX/CEMIX AIR (CNC 3824.40.00) é um aditivo plastificante que tem por finalidade aumentar a resistência mecânica do concreto tornando-o mais homogêneo, coeso e com maior impermeabilidade.*

Considerando-se que a impermeabilidade é uma das características do aditivo, significa dizer que o produto enquadra-se na descrição do art. 353, inciso II, Item 16”

Em seguida, após comentar suas divergências com o Parecer ASTEC 006/2010, no que tange aos produtos Adiment, Vedajá e Cemix, conclui dizendo que eles estão sujeitos à substituição tributária e não devem ser excluídos do lançamento.

Em 28 de julho de 2016, essa e. 1ª Câmara, converteu novamente o Auto de Infração em diligência para que fosse elaborado novo demonstrativo fiscal , individualizando e qualificando a exigência do imposto em relação aos produtos ADMENT, CEMIX e VEDAJÁ.

Em resposta, foi elaborado o Parecer ASTEC nº 120/2016 e mídia CD com tabelas, quantificando em R\$115.671,05 o valor do imposto relativo aos três produtos solicitados (ADIMENT, CEMIX e VEDAJÁ). Explica ainda o n. Parecerista que a diligência de fls 678 a 681, apenas foram excluídos os produtos ALVENAIR, DESMOL, EXPANSOR V-1, GRAUTH e VEDALIT, de modo que o valor julgado de R\$194.964,78, passou para R\$131.836,35.

Intimado do Parecer ASTEC, o Contribuinte manifesta sua anuência com a conclusão da diligência, à fl. 722.

Em novo Parecer da PGE/PROFIS de fls. 729 a 731, a n. Procuradora Paula Gonçalves Morris Matos, após uma breve síntese dos fatos e afastar o pedido de remessa para 2ª CJF, passa a discorrer sobre as diligências realizadas, nos seguintes termos, in litteris:

Quanto às diligências perpetradas, observo que, consoante solicitado pelo CONSE, foram elaborados pela ASTEC dois demonstrativo que contemplaram a exclusão dos itens considerados por esta PGE/PROFIS como mercadorias não sujeitas à sistemática da substituição tributária no momento da ação fiscal, por não fazerem parte do Convênio ICMS 74/94 e do Convênio 28/95, bem assim do art. 353, II, item 16.2, do RICMS/BA, quais sejam: ADIMENT, ALVENAIT, CEMIX, DESMOL, EXPANSOR, V-1 GRAUTH S, VEDAJÁ e VEDALIT.

Em seguida, conclui:

Diante do exposto, reitero o parecer de fls. 656/659, no sentido da necessidade de representação, por essa Procuradoria Fiscal, ao d. Conselho Estadual de Fazenda, com o fim de ver excluídas do Auto de Infração nº 2068470023/06-6 as aludidas mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária à época da autuação, com supedâneo nos cálculo elaborados pela autoridade revisora às fls. 713/714 (demonstrativos 01 e 02).

Em termos, os autos foram encaminhados para julgamento.

VOTO

Temos sob apreciação Representação da PGE PROFIS com o fim de serem excluídas do Auto de Infração nº 206847.0023/06-6 as mercadorias ADIMENT, ALVENAIT, CEMIX, DESMIL, EXPANSOR, V-1 GRAUTH S, VEDAJÁ e VEDALIT, por dispor que as mesmas não estavam sujeitas ao regime de substituição tributária no momento da ação fiscal por não fazerem parte dos Convênios ICMS 74/94 e 28/95, bem como do quanto previsto no art. 353 II do RICMS/BA-97, vigente a época dos fatos.

Cura historiar que, em apertada síntese, que o presente Auto de Infração nº 2066847.0023/06-6 foi lançado em 18.12.2006 quanto à ocorrência de fatos geradores de janeiro de 2004 a dezembro de 2005, no valor de R\$268.464,84, quanto à falta de “retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado”.

Este referido Auto de Infração foi julgado pela 1ª CJF, em 13.11.2008 (fls. 452 a 457), por meio do Acórdão nº 0386-11/08, como sendo Parcialmente Procedente, no valor de R\$194.964,78, retirando o produto argamassa e mantendo a exação para os produtos Adiment; Alvenarit, Cemix, Desmol, Retard VZ, Expansor, Supercimentol, V-1 Grauth S, Vedacit Rápido, Vedajá e Vedalit, conforme se observa no trecho do mencionado voto, *in litteris*:

Em consequência, analisando os demonstrativos às fls. 14 a 235 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 operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, conforme consignado na peça vestibular, cujos valores foram excluídos do lançamento do crédito tributário, conforme diligência realizada pela ASTEC às fls. 417 e 418 dos autos, do que remanesceu o débito de R\$194.964,78, após a devida correção, conforme abaixo explicitado:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Data de Vencmtº	ICMS lançado A. Infração	ICMS/Deduzir (Argamassa)	Fte Fl.	ICMS a Recolher	Data de Vencmtº	ICMS lançado A. Infração	ICMS/Deduzir (Argamassa)	Fte Fl.	ICMS a Recolher
09/02/04	11.262,62	2.535,38	422	8.727,24	09/02/05	5.205,74	2.785,72	428	2.420,02
09/03/04	12.552,49	4.326,81	422	8.225,68	09/03/05	4.424,73	2.303,45	428	2.121,28

09/04/04	21.275,79	6.804,59	423	14.471,20	09/04/05	6.181,65	2.956,29	429	3.225,36
09/05/04	13.694,73	4.477,70	423	9.217,03	09/05/05	4.705,09	1.802,78	429	2.902,31
09/06/04	13.816,28	3.858,70	424	9.957,58	09/06/05	4.469,43	2.156,41	430	2.313,02
09/07/04	15.149,09	4.150,19	424	10.998,90	09/07/05	5.084,33	2.322,90	430	2.761,43
09/08/04	18.261,39	5.946,93	425	12.314,46	09/08/05	12.727,98	1.509,15	431	11.218,83
09/09/04	13.943,74	3.416,95	425	10.526,79	09/09/05	10.083,52	1.414,50	431	8.669,02
09/10/04	14.774,93	3.175,16	426	11.599,77	09/10/05	11.802,66	2.307,80	432	9.494,86
09/11/04	14.583,98	3.856,33	426	10.727,65	09/11/05	11.427,06	2.104,00	432	9.323,06
09/12/04	18.519,70	3.924,54	427	14.595,16	09/12/05	12.666,52	2.418,94	433	10.247,58
09/01/05	-	-	-	-	09/01/06	11.851,39	2.944,84	433	8.906,55
Totais/Ex.	167.834,74	46.473,28		121.361,46		100.630,10	27.026,78		73.603,32

Quanto aos demais produtos: Adiment; Alvenarit, Cemix, Desmol, Retard VZ, Expansor, Supercimentol, V-I Grauth S, Vedacit Rápido, Vedajá e Vedalit, corroboro com a Decisão recorrida e o Parecer da PGE/PROFIS de que os mesmos estão discriminados no item 16 do inciso II do art. 353 do RICMS/97, estando o contribuinte obrigado a fazer a retenção do imposto nas citadas operações de saídas internas destinadas para contribuintes, para fim de antecipação do imposto relativo às operações subsequentes.

Por seu turno, no Auto de Infração nº 20684.001/06-6 (fls. 594 a 596), lançado em 31.03.2006, em decorrência de 4 quatro infrações, dentre as quais a infração 4, que guarda identidade com a infração 1 do lançamento anterior e cobrava o valor histórico de R\$120.315,19 referente aos fatos geradores de janeiro a dezembro de 2003, foi julgado em 24.05.2012 pela 2ª Câmara através do Acórdão nº 0120-12/12 (fls. 642 a 652) que excluiu, com base no Parecer ASTEC nº 006/2010 (fls. 621 a 628), todas as mercadorias com exceção das seguintes mercadorias: RETARD, RETARD SP, RETARD VZ, VEDACIT RÁPIDO (NCM 3824.40.00) e SUPERCIMENTOL (NCM 3210.00.10), conforme se observa no trecho do voto, abaixo colacionado, *verbo ad verbum*:

Na infração 4, o fisco exige ICMS pela falta de retenção e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Toda a questão gira em torno do entendimento das NBM/SH e NCM das mercadorias vendidas. A sua identificação correta leva a se ter conhecimento de quais mercadorias encontravam-se, à época, enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária. E este foi o trabalho desenvolvido pelo diligente da ASTEC/CONSEF por solicitação da PGE/PROFIS a esta CJF, que a atendeu, no seu excelente Parecer que, por açambarcar todos os pontos a serem abordados, entendi necessário transcrevê-lo no relatório do presente Acórdão. O diligente fiscal cumpriu, de maneira minuciosa, todos os pedidos feitos, sendo, assim, possível se determinar quais as mercadorias autuadas que, no exercício de 2003, se encontravam sob o regime da substituição/antecipação tributária, quais sejam: RETARD, RETARD SP, RETARD VZ, VEDACIT RÁPIDO (NCM 3824.40.00) e SUPERCIMENTOL (NCM 3210.00.10).

A respeito da manifestação do recorrente sobre a conclusão a que chegou o diligente fiscal, entendo que ela, aqui, nada acrescenta.

Em primeiro, o Parecer apresentado não foi exarado pela Procuradoria Geral da Fazenda Estadual e sim pela Diretoria de Tributação da SAT/SEFAZ (fls. 823/824). Em segundo, a consulta formulada pela Associação dos Distribuidores e Atacadistas da Bahia foi feita a luz do Decreto nº 11.289, de 30/10/2008 e a sua resposta a ele se refere. Lembro que para as mercadorias comercializadas, o RICMS/97 sofreu diversas alterações, inclusive com exclusões e inclusões das mesmas nos períodos posteriores à ocorrência dos fatos geradores e ora autuados. E, para sanar qualquer dúvida, transcrevo o que disse o diligente fiscal a respeito dessas mercadorias:

RETARD, RETARD SP, RETARD VZ

São aditivos retardadores plastificantes, que retarda o inicio da “pega” do concreto, obtendo-se um concreto homogêneo e mais resistente.

Classificação dada pelo contribuinte à pág. 740

NBM: 3823.40.9900 - ADITIVOS PREPARADOS PARA CIMENTO / ARGAMASSA / CONCRETO.

NCM 3824.40.00 – ADITIVOS PREPARADOS PARA CIMENTO /ARGAMASSA / CONCRETO.

NÃO HOUVE ERRO NA CLASSIFICAÇÃO

Não está nos Conv. ICMS 74/94 e 28/95. Estava no item 16.11.4 do Art. 353, com efeitos até 31/12/2008. O grupo NCM 3824, está no item 16.6 da atual redação do Art. 353.

VEDACIT RÁPIDO CL

Acelerador de pega e endurecimento para concreto e deve ser usado com cimento portland ou de alta resistência. O produto é à base de cloreto de cálcio.

NBM: 3823.40.9900 – ADITIVOS PREP. P/ CIMENTOS/ARGAMASSAS.

NCM – 3824.40.00 ADITIVOS PREPARADOS PARA CIMENTOS, ARGAMASSAS OU CONCRETO.

A CLASSIFICAÇÃO ESTÁ CORRETA.

REGIME TRIBUTÁRIO: fez parte do Art. 353, com efeitos até 31/12/2008. Faz parte da nova redação dada pelo Conv. ICMS 40/09 ao Conv. ICMS 74/94, com efeitos a partir de 01.08.09.

SUPERCIMENTOL

Tinta à base de pó mineral que proporciona aderência e impermeabilização excelentes.

Classificação dada pelo contribuinte à pág. 740:

NBM: 3214.90.0100 – MISTURA DE CIMENTO, CAL HIDRATADA/SAIBRO/AREIA

NCM: 3210.00.10 - OUTRAS TINTAS

CLASSIFICAÇÃO CORRETA: NCM 3210.00.10 – OUTRAS TINTAS

REGIME TRIBUTÁRIO: Fez parte do convenio ICMS 28/95 com efeitos de 01.06.95 até 31/12/2008.

Assim, concordo com o recorrente de que as alterações procedidas pelo Decreto nº 11.289, de 30/10/2008 somente têm aplicabilidade para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2009. Mas, o que ora se exige é o imposto sobre as mercadorias que à época (2003) se encontravam albergadas pelo regime da substituição tributária.

Por tudo exposto, procede parcialmente este item da autuação no valor de R\$2.639,14, conforme demonstrativo de débito à fl. 858 dos autos.

Tecidas as considerações acerca das divergências entre os julgados, passo a examinar o mérito da Representação proposta.

Vejamos.

O Parecer ASTEC 006/2010, às fls. 621 a 628, da lavra do Auditor Fiscal diligente Ildemar José Landin, concluiu, de forma lapidar, que só estão sujeitos ao regime de substituição tributária previsto no artigo 353 do RICMS/BA-97 então vigente e dos Convênios ICMS 74/95 e 25/95 os produtos Retard, Retard SP, Retard VZ, Vedacit Rápido e o Supercimentol, segundo suas palavras abaixo transcritas:

Do que foi acima exposto, conclui-se que a maioria dos produtos que consta no levantamento fiscal de fls. 203/275 não estão no Conv. ICMS 74/95 e 28/95 nem no Art. 353, II, item 16.2, do RICMS/Ba, embora alguns constem do texto atual do Art. 353, mas fora do alcance da legislação tributária à época do exercício fiscalizado (2003). No entanto, os produtos RETARD, RETARD SP, REATAR VZ, e VEDACIT RÁPIDO, NCM 3824.40.00 constam do Art. 353 do RICMS do período de 02/07/98 a 31/12/2008 por conta da alteração nº 7 do regulamento do ICMS (decreto 7.365 de 01/07/98) e já voltaram a fazer parte do texto atual do RICMS. O produto denominado SUPERCIMENTOL, NCM 3210.00.10 também faz parte do Conv. ICMS 28/95 e do Art. 353 do RICMS/95 com efeito até 31/12/2008.

Em relação ao produto Adiment, o diligente considera a NCM correto 3824.40.00, afirmando que “não tem NMB/NCM na lista anexa do Conv. ICMS 74/96 nem no Conv. ICMS 28/95. No entanto, os produtos impermeabilizantes do GRUPO NCM 3824, no qual esta inserido o ADIMENT, fazem parte do atual texto do Art. 353 do RICMS/Ba item 16.6”.

Quanto ao produto VEDAJÁ, diz que NCM correto é 3824.50.00 e explica o diligente que “o grupo 3824, do qual faz parte este produto, está no Conv. ICMS 28/95, depois da nova redação do Conv. ICMS 40/09, com efeitos a partir de 01.08.2009”.

Já no que tange o produto CEMIX de NCM 3823.40.9900, assevera que “não tem NMB/NCM na lista anexa do Conv. ICMS 74/96 nem no Conv. ICMS 28/95. No entanto, os produtos impermeabilizantes do GRUPO NCM 3824, no qual esta inserido o CEMIX, fazem parte do atual texto do Art. 353 do RICMS/Ba item 16.6”

Por sua vez, o Fiscal Autuante alega que o produto ADIMENT (NCM 3824.90.00) está previsto no item 16.11.4, o produto VEDAJÁ (NCM 3214.90.00) está previsto no item 16.11.5 e o material CEMIX (NCM 3824.40.00) está contemplado no item 16 do art. 353 do RICMS/97.

Cura ressaltar que o art. 353, inciso II, itens 16, em especial o 16.6, 16.11.4 e 16.11.5 assim dispunham na época dos fatos geradores:

"16 - tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, solventes, aguarrás, secantes, catalisadores, corantes e demais mercadorias da indústria química a seguir especificadas, obedecida a respectiva codificação segundo a NCM (Convs. ICMS 74/94 e 28/95): (efeitos até 31/12/08)

(...)

16.6 - *preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas e vernizes: (efeitos até 31/12/08)*

16.6.1 - *solventes e diluentes compostos para vernizes ou produtos semelhantes - NCM 3807.00.00; (efeitos até 31/12/08)*

16.6.2 - *preparações para decapagem de metais - NCM 3810.10.10; (efeitos até 31/12/08)*

16.6.3 - *solventes e diluentes orgânicos compostos, e preparações concebidas para remover tintas ou vernizes - NCM 3814.00.00; (efeitos até 31/12/08)*

(...)

16.11.4 - *preparação antiácida ou impermeabilizante para cimento - NCM 3824.40.00; (efeitos até 31/12/08)*

16.11.5 - *outros impermeabilizantes - NCM 2715.00.00, 3214.10.10, 3214.90.00, 3506.99.00 e 3824.90; (efeitos até 01/07/98)"*

Da análise dos elementos trazidos aos autos, parcialmente acolho a Representação manejada pela PGE/PROFIS, para a exclusão dos produtos ALVENAIT, CEMIX, DESMIL, EXPANSOR, V-1 GRAUTH S, VEDAJÁ e VEDALIT, pois, entendo que realmente não estavam inseridos nos Convênios ICMS 28/95 e 74/94, bem como no artigo 353, inciso II do então vigente RICMS-BA/97, conforme já decidido no Acórdão nº 0120-12/12, proferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Quanto aos produtos ADIMENT, VEDAJÁ e CEMIX, devemos observar o seguinte.

O produto ADIMENT, conforme a sua descrição exposta à fl. 276 dos autos, é um superplasticificante para concerto “que proporciona um sensível efeito de diminuição do atrito entre agregados e cimento, permitindo uma grande redução na água de amassamento.”. Trata-se de um produto que tem características primordialmente impermeabilizantes e é classificado na NCM 3824.40.00 (ADITIVOS PREPARADOS PARA CIMENTO / ARGAMASSA / CONCRETO). Logo, neste caso, há a caracterização condizente com o previsto no item 16.11.4 do inciso II do RICMS/BA-97, ou seja, é um tipo de impermeabilizante para cimento.

Já quanto ao produto VEDAJÁ, vejo que ele tem como NCM correta a de nº 3824.50.00 (ARGAMASSAS E CONCRETOS NÃO REFRATÁRIOS) e não a 3214.90.00 (INDUTOS N/REFRATÁRIOS UTILIZADOS EM TIJOLOS.), como quer o Fiscal Autuante, eis que, trata-se de um revestimento impermeável contra infiltrações, conforme se lê a fl. 342 dos autos, e pode ser aplicado sobre concreto, alvenaria ou argamassa, não somente em tijolos. Ademais, coaduno-me com o quanto esposado no Parecer ASTEC nº 006/2010, apontando que tal NCM não estava prevista nos Convênios ICMS 74/94 e 28/95.

Por fim, quanto ao produto CEMIX, entendo que não se trata de um primordialmente impermeabilizante, mas sim de um aditivo plastificante, redutor da aplicação de água na produção do concreto, segundo sua descrição à fl. 290. Sendo assim, está correta a utilização da NCM 3824.40.00, mas não há adequação ao quanto determinado no item 16.11.4, por não se tratar de impermeabilizante. Além disso, conforme o Parecer ASTEC nº 006/2010, a NCM não era prevista nos Convênios ICMS 74/94 e 28/95.

Ademais, tais produtos foram incluídos os produtos na substituição tributária a partir de 2009.

Assim, acolho a presente Representação para ver excluídos do presente Auto de Infração os produtos Alvenarit, Cemix, Desmol, Retard VZ, Expansor, Supercimentol, V-1 Grauth S, Vedacit Rápido, Vedajá e Vedalit, mantendo somente o produto ADIMENT, conforme o demonstrativo abaixo:

Ocorrência	Vlr. Julg.-CJF	Vlr. Apurado 1 ^a Diligência (fls. 678/680)	Vlr. a Excluir 2 ^a Diligência (fls. 713/714)	Vlr. Remanescido após a excl. dos indic. produtos
JAN/2004	8.727,24	5.130,33	4.705,75	424,58
FEV/2004	8.225,68	5.275,64	4.976,06	299,58
MAR/2004	14.471,20	8.783,60	7.991,17	792,43
ABR/2004	9.217,03	5.913,66	4.998,50	915,16
MAI/2004	9.957,58	5.905,52	5.056,21	849,31
JUN/2004	10.998,90	5.916,87	5.655,28	261,59
JUL/2004	12.314,46	7.095,59	7.337,26	0,00

AGO/2004	10.526,79	6.953,52	6.353,04	600,48
SET/2004	11.599,77	6.997,63	6.761,45	236,18
OUT/2004	10.727,65	6.460,52	6.339,75	120,77
NOV/2004	14.595,16	11.138,97	10.714,53	424,44
JAN/2005	2.420,02	2.342,99	2.070,03	272,96
FEV/2005	2.121,28	2.043,33	1.831,13	212,20
MAR/2005	3.225,36	3.152,66	2.708,65	444,01
ABR/2005	2.902,31	2.816,85	2.596,81	220,04
MAI/2005	2.313,02	2.235,14	2.125,19	109,95
JUN/2005	2.761,43	2.681,16	420,01	2.261,15
JUL/2005	11.218,83	8.673,92	7.246,87	1.427,05
AGO/2005	8.669,02	5.847,59	5.034,61	812,98
SET/2005	9.494,86	6.837,68	3.975,81	2.861,87
OUT/2005	9.323,06	6.674,76	5.935,95	738,81
NOV/2005	10.247,58	7.531,89	6.348,78	1.183,11
DEZ/2005	8.906,55	5.426,53	4.488,21	938,32
Total	194.964,78	131.836,35	115.671,05	16.406,97

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER PARCIALMENTE** a Representação proposta e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206847.0023/06-6**, lavrado contra **VEDACIT DO NORDESTE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.406,97**, 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, 27 de junho de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL - RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS