

PROCESSO - A. I. Nº 207098.0004/14-6
RECORRENTE - CREMER S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0084-01/18
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23/11/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0300-11/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Reconhecida a isenção dos extensores presentes em conjunto de cateter de drenagem externa, conforme precedente deste Conselho. Ajustes e correção de erro material no demonstrativo elaborado pelo acórdão recorrido. Infração reduzida. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA INTERNA DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovado que as luvas de vinil comercializadas pela recorrente (NCM 3926) não se sujeitavam à substituição na época dos fatos geradores, ao contrário das luvas de látex (NCM 4015) e do álcool etílico (art. 353, II, item 36 do RICMS/97). Infração reduzida pela exclusão das luvas de vinil. Rejeitado o pedido de redução das multas por incompetência deste Conselho. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0084-01/18 proferido pela 1ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 25/09/2014 no valor histórico de R\$79.085,59, abordando as seguintes infrações:

***Infração 01 – 03.02.02** – Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a junho, agosto a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 57.758,42, acrescido da multa de 60%. Conforme demonstrativos constantes dos Anexos 01 e 02;*

...

***Infração 04 – 07.02.03** – Deixou de proceder a 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, janeiro a abril, junho a setembro, novembro e dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 7.528,09, acrescido da multa de 60%. Consta se referir à falta de retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, tendo em vista tratar-se de Atacadista Filial de Indústria, relativo às operações internas subsequentes nas saídas de mercadorias tributadas, conforme demonstrativos constantes dos Anexos 09 e 10.*

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

...

No mérito, relativamente à infração 1, verifico que no demonstrativo Anexo 1 (fls. 31 a 36 dos autos) estão relacionadas as mercadorias fraldas, absorventes, luva cirúrgica, luva de procedimento e extensor. Já no Anexo 2 (fls. 48 a 53 dos autos) estão relacionadas as mercadorias extensor e “colig. asp.”. Noto que a predominância da exigência nos referidos Anexos diz respeito a fraldas, absorventes e extensor.

O autuado sustenta que o extensor goza da isenção prevista no item 32 do Convênio ICMS 01/99, haja vista que é isento do imposto o conjunto de cateter de drenagem, sendo o extensor nada mais do que uma parte deste conjunto. Alega que o extensor é indissociável do cateter, formando o conjunto. Assevera que, desse modo, todos

os produtos que integram tal conjunto estão abrangidos pelo item 32 do Convênio ICMS 01/99, replicado no Anexo 93, do RICMS/BA, portanto, faz jus à isenção prevista no art. 264, XXIV, do RICMS/BA/12 em relação a todos os itens componentes do conjunto de catéter de drenagem.

É cediço que a legislação indica a descrição das mercadorias que deve ser analisada conjuntamente com a posição do código NCM. A descrição constante nos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com a tabela referente aos códigos NCM, para se comprovar se determinada mercadoria encontra-se, ou não, passível de fruição do benefício de isenção. Portanto, devem ser considerados as mercadorias que apresentem a mesma especificação e respectivo código de NCM.

O Convênio ICMS 01/99 dispõe sobre a concessão de isenção do ICMS nas operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, ficando isentas do imposto as operações com os equipamentos e insumos indicados no Anexo ao referido Convênio, classificados pela NBM/SH.

É indubitoso que no item 32 do Anexo Único do mencionado Convênio ICMS 01/99, assim como no RICMS/BA, consta o produto “Conjunto de cateter de drenagem externa” NCM 9018.39.29, portanto, fazendo jus à isenção prevista no art. 264, XXIV, do RICMS/BA/12. Entretanto, a mercadoria extensor isoladamente não faz parte do referido item 32 do mencionado Anexo, como também não faz parte do Anexo do RICMS/BA, portanto, não fazendo jus a isenção pretendida pelo impugnante.

Assim sendo, cabível a exigência quanto ao extensor.

No que concerne às fraldas e absorventes, observo que o impugnante alega que não procede a exigência, haja vista que nenhum valor é devido, pois houve a antecipação tributária dos valores em questão, por parte do fornecedor, no caso a MABESA do Brasil S/A. Diz que as notas fiscais tiveram o destaque por antecipação do ICMS ST, conforme a previsão do Protocolo ICMS 105/2009. Alega que apresentou os comprovantes de pagamento das referidas Notas Fiscais efetuados pelo fornecedor.

O autuante contesta a alegação defensiva. Diz que o autuado se trata de um estabelecimento Atacadista, inscrito no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ com a atividade principal de Comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios e no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia com a mesma atividade principal acima referida. Afirma que é uma filial de indústria, haja vista que é um estabelecimento filial da Cremer S.A., cadastrada no CNPJ como Fabricante de materiais para medicina e odontologia, situada no município de Blumenau em Santa Catarina.

Sustenta o autuante que, nessa condição, consoante determina o inciso I do art. 355 do RICMS/BA, o autuado deverá receber as mercadorias em transferências sem a retenção do imposto, assim como, caso adquira mercadorias de terceiros, deverá utilizar ambas as parcelas do imposto - “normal” e substituído -, ficando obrigado a proceder a retenção do imposto nas saídas subsequentes, consoante os §§ 2º e 3º dos arts. 356 e 375, sendo, desse modo, cabível a exigência quanto às fraldas e absorventes.

A análise de todos os elementos que compõem o presente processo atinente a esta infração, permite concluir que assiste razão ao impugnante, no que tange a descaber a exigência fiscal quanto às fraldas e absorventes.

Verifica-se que o levantamento levado a efeito pelo autuante considerou apenas as notas fiscais de saídas de fraldas e absorventes, emitidas pelo autuado sem destaque do imposto, porém, sem estabelecer qualquer vinculação com as entradas ocorridas, isto é, se teria havido ou não a retenção ou antecipação do imposto.

A alegação defensiva de que não se trata de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, mas sim de aquisição junto ao outro fornecedor, no caso MABESA do Brasil S/A restou comprovada. A MABESA do Brasil S/A é empresa diversa da Cremer S.A.

O impugnante colacionou aos autos Notas Fiscais de aquisição de fraldas e absorvente do fornecedor MABESA do Brasil S/A, que tiveram o destaque do ICMS ST, conforme a previsão do Protocolo ICMS 105/2009; celebrado entre o Estado de São Paulo e Bahia, assim como comprovantes de pagamento das referidas Notas Fiscais.

Assim sendo, no presente caso, não há que se falar em aplicação do inciso I do art. 355 do RICMS/BA, bem como, dos §§ 2º e 3º dos arts. 356 e 375, do mesmo RICMS/BA, conforme aduzido pelo autuante.

O impugnante alega, ainda, que está sendo exigido o ICMS incidente sobre Notas Fiscais de bonificações e amostra grátis em duplicidade, haja vista que, todas as notas fiscais relacionadas à infração 2 constam nos Anexos vinculados à infração 1.

O autuante na Informação Fiscal, de forma correta, acatou a alegação defensiva e efetuou as devidas exclusões, conforme novos demonstrativos analíticos acostados às fls. 965 a 990 e novo Demonstrativo de Débito acostado às fls. 1.002/1.003.

Diante disso, considerando os novos demonstrativos analíticos e sintéticos elaborados pelo autuante, cabe ainda a exclusão da autuação dos valores referentes às Fraldas Desc. Cremer Disney no valor de R\$ 1.626,15 e de Absorventes no valor de R\$ 638,28, remanescendo, desse modo, o montante de ICMS devido nesta infração no valor de R\$ 47.061,63, conforme demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. LANÇADO	VLR. REVISADO	VLR. EXCLUÍDO-FRALDAS CREMER	VLR. EXCLUÍDO-ABSORVENTES	VLR. REMANESCENTE
jan/11	2.010,11	2.010,11	872,23	542,00	595,88
fev/11	3.438,29	3.438,29	547,86	26,72	2.863,71
mar/11	4.671,53	2.031,26	206,06	69,56	1.755,64
abr/11	7.506,75	1.782,63	0,00	0,00	1.782,63
mai/11	337,37	337,37	0,00	0,00	337,37
jun/11	17,75	0,00	0,00	0,00	0,00
ago/11	48,88	48,88	0,00	0,00	48,88
set/11	7.385,57	7.385,57	0,00	0,00	7.385,57
out/11	1.206,47	1.206,47	0,00	0,00	1.206,47
nov/11	1.287,67	1.287,67	0,00	0,00	1.287,67
dez/11	411,47	411,47	0,00	0,00	411,47
jan/12	913,82	913,82	0,00	0,00	913,82
fev/12	685,63	684,21	0,00	0,00	684,21
mar/12	539,91	539,91	0,00	0,00	539,91
abr/12	1.733,45	1.733,14	0,00	0,00	1.733,14
mai/12	2.652,00	2.652,00	0,00	0,00	2.652,00
jun/12	3.441,42	3.441,42	0,00	0,00	3.441,42
jul/12	2.419,23	2.396,38	0,00	0,00	2.396,38
ago/12	2.250,41	2.239,50	0,00	0,00	2.239,50
set/12	2.604,77	2.590,22	0,00	0,00	2.590,22
out/12	3.647,83	3.647,83	0,00	0,00	3.647,83
nov/12	3.894,50	3.894,32	0,00	0,00	3.894,32
dez/12	4.653,59	4.653,59	0,00	0,00	4.653,59
TOTAL	57.758,42	49.326,06	1.626,15	638,28	47.061,63

...

No respeitante à infração 4, observo que a lide se situa nos seguintes tópicos:

- luvas - NCM 4015.11.00 e 4015.19.00 – a questão reside no fato de estar ou não a referida mercadoria sob o regime de substituição tributária. Entende o autuado que não está. O autuante contrariamente entende que está. O autuante sustenta que o código NCM 3926 utilizado pelo autuado para classificar suas saídas de luvas é totalmente indevido, uma vez que este NCM trata de “Outras obras de plásticos e obras de outras matérias das posições 3901 a 3914”, sem nenhuma relação com o produto comercializado pelo autuado. Entende que o fato do fornecedor classificar um produto de forma inadequada, não exime o autuado de corrigir e tratá-lo corretamente em suas operações comerciais. Considero que assiste razão ao autuante. De fato, a utilização de código de NCM de forma equivocada não exime o autuado da imputação;
- álcool 70% - NCMs 22071090 e 29121200 – o autuante entende que, como o autuado tem como atividade econômica comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios, comercializa álcool a 70% com indicação preponderante do código NCM 2207.10.90, cujo produto encontra-se inserido nos Protocolos ICMS 106/09 e 27/10. Ressalta que o autuado vem utilizando o NCM 29121200 que segundo a tabela de NCM trata-se de ETANAL (ACETALDEÍDO). Entende que não se confunde com o produto comercializado pelo autuado, não havendo, portanto, nenhuma dúvida quanto à sujeição do mesmo ao procedimento da substituição tributária. Considero que assiste razão ao autuante. Efetivamente, a própria atividade exercida pelo autuado, confirme a alegação do autuante;
- não recolhimento do ICMS ST na qualidade de contribuinte substituto tributário das mercadorias fraldas e absorventes. O impugnante alega que adquiriu referidas mercadorias da empresa MABESA do Brasil, de São Paulo, que já tinha recolhido por antecipação, na entrada do Estado, através de GNRE. Considero que assiste razão ao autuado. No caso destas mercadorias descabe a exigência fiscal, haja vista que as Fraldas Desc. Cremer Disney e Absorventes, conforme visto na análise da infração 1, foram excluídas da exigência fiscal, em face de o ICMS ST ter sido retido pelo remetente, no caso a empresa MABESA do Brasil S/A.

Assim sendo, cabe a exclusão do valor de R\$ 456,64, referente às Fraldas Desc. Cremer Disney e de R\$ 135,80, referente aos Absorventes;

- vendas realizadas para consumidores finais. O autuante acertadamente acatou a alegação defensiva, haja vista que os comprovantes de inscrição e de situação cadastral, bem como as cópias dos documentos auxiliares das notas fiscais eletrônicas arroladas neste item, acostadas às fls. 895 a 941, permitem concluir que assiste razão ao autuado de se tratar de venda para aplicação nas prestações de serviços e para consumo próprio dos adquirentes;
- vendas para contribuintes detentores de Regime Especial. Correto o autuante quando diz que o Decreto nº 11.872 de 04/12/2009, - que dispõe sobre regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais – estabelece expressamente em seu art. 1º que o referido Regime Especial somente

se aplica nas importações e nas aquisições interestaduais de produtos farmacêuticos medicinais, não sendo este o presente caso, uma vez que se trata de operações internas.

Dessa forma, considerando os novos demonstrativos analíticos e sintéticos com as correções e ajustes realizados pelo autuante, fls. 965 a 990, 1002 e 1003, bem como a exclusão do valor de R\$ 456,64, referente às Fraldas Desc. Cremer Disney e de R\$ 135,80, referente aos Absorventes, a infração 4 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 5.742,34, conforme o demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. LANÇADO	VLR. REVISADO	VLR. EXCLUÍDO-FRALDAS CREMER	VLR. EXCLUÍDO-ABSORVENTES	VLR. REMANESCENTE
jan/11	509,04	424,23	198,71	54,87	170,65
fev/11	108,70	53,90	0,00	0,00	53,90
mar/11	157,09	77,74	15,44	18,93	43,37
abr/11	1.750,25	1.756,44	242,49	62,00	1.451,95
mai/11	330,62	266,46	0,00	0,00	266,46
jun/11	150,74	51,32	0,00	0,00	51,32
jul/11	1.053,37	900,60	0,00	0,00	900,60
ago/11	533,15	503,04	0,00	0,00	503,04
set/11	104,18	18,15	0,00	0,00	18,15
out/11	22,15	0,00	0,00	0,00	0,00
nov/11	66,58	0,00	0,00	0,00	0,00
dez/11	325,39	164,19	0,00	0,00	164,19
jan/12	835,50	835,50	0,00	0,00	835,50
fev/12	805,90	702,91	0,00	0,00	702,91
mar/12	12,23	12,23	0,00	0,00	12,23
abr/12	12,23	12,23	0,00	0,00	12,23
jun/12	358,75	321,86	0,00	0,00	321,86
jul/12	86,85	13,08	0,00	0,00	13,08
ago/12	53,15	53,15	0,00	0,00	53,15
set/12	76,01	23,56	0,00	0,00	23,56
nov/12	75,23	75,23	0,00	0,00	75,23
dez/12	100,98	68,96	0,00	0,00	68,96
TOTAL	7.528,09	6.334,78	456,64	135,80	5.742,34

Diante do exposto, a infração 1 é parcialmente subsistente, a infração 2 insubsistente, a infração 3 nula e a infração 4 parcialmente subsistente.

No tocante à alegação defensiva de que, a imposição de multa de 60% sobre o valor do imposto é, além de ilegal, inconstitucional, cumpre observar que a multa imposta de 60% tem previsão legal no art. 42, II, “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, portanto, sendo plenamente legal a sua aplicação. Quanto à sua inconstitucionalidade, por certo que é vedado a este órgão julgador administrativo à sua apreciação, consoante estabelece o art. 167, I, do RPAF/99.

No que tange à alegação defensiva atinente a aplicação dos juros SELIC sobre o montante devido, cumpre também observar que o Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) instituído pela Lei nº 3.956/81, expressamente prevê a aplicação da taxa SELIC, no seu art. 102, II, além do que, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que referida taxa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no montante de R\$ 52.803,97.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Inicialmente, destaca que concorda com as exclusões/reduções realizadas, assim como a insubsistência da infração 02 e a nulidade da infração 03, reconhecidas pela JJF, porém, entende que nada é devido em relação às infrações 01 e 04, objeto do recurso.

Preliminarmente, em relação à infração 01, destaca ser incontroverso que foi reconhecido o pagamento do ICMS por antecipação tributária das operações com fraldas e absorventes adquiridos do fornecedor paulista pelo seu estabelecimento baiano. Porém, somente foi determinada a exclusão dos absorventes e apenas das fraldas descartáveis Cremer Disney, mas, conforme pode ser verificado nas notas fiscais contidas no anexo 05 da impugnação, foram adquiridas do mesmo fornecedor também as fraldas descartáveis PLIMPLIM, ADVANCED e AFEECTIVE, cuja aquisição pode ser verificada em quase a totalidade desses documentos fiscais.

Observa ainda que, em relação a outras marcas do seu estoque, houve levantamento e quitação do imposto devido, conforme anexo 10 da impugnação, fato não considerado pela decisão. Deste modo, entende que devem ser excluídos do lançamento os valores correspondentes a todas as fraldas descartáveis, considerando a comprovação de que o imposto já foi recolhido, seja pela fornecedora MABESA do Brasil, conforme GNRES constantes no anexo 05, seja pela própria recorrente no levantamento de estoques, conforme anexo 10.

Em relação à infração 04, ainda de forma preliminar, destaca que o acórdão acatou seus argumentos em relação às saídas para consumidor final, de modo que deveriam ser excluídas todas as operações constantes nos anexos 07 e 08 da impugnação, porém, não foi o que ocorreu, conforme planilha anexa ao recurso, que demonstra a persistência de várias operações sobre as quais não seria devido qualquer valor relativo à substituição tributária, já que são operações destinadas a consumidor final, motivo pelo qual o acórdão deve ser reformado.

No mérito, acerca da infração 01, aponta que as operações em discussão, fora as fraldas e absorventes, refletem vendas de insumos destinados à saúde, beneficiados pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99, motivo pelo qual aplicou corretamente a alíquota zero nas saídas de seus estabelecimentos. Registra que o acórdão recorrido reconheceu que o produto ‘Conjunto de cateter de drenagem externa’ NCM 9018.39.29 se encontra no item 32 do Anexo Único do referido convênio, porém, considerou que a mercadoria “extensor”, isoladamente, não está contemplada pela isenção.

Questiona a razão da legislação conceder a isenção a todo o conjunto com classificação NCM 9018.39.29 se somente o cateter faria jus a esse tratamento para defender que o extensor, como componente do conjunto de cateter de drenagem externa, também é alcançado pela isenção, por possuir identifica finalidade. Ressalta que, para afastar dúvidas, exibiu ilustrações em manifestação apresentada em 29/08/2016, para expor que o extensor nada mais é do que parte do conjunto de cateter de drenagem externa, sendo tais itens indissociáveis.

Sustenta que todos os componentes do conjunto merecem obter o mesmo benefício, afirmando que a diferença dos nomes para aqueles indicados nas normas não afasta a realidade de que também se tratam de equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, utilizados com o 8i a norma optou por nomenclatura mais genérica (conjunto), a autuação não pode subsistir.

Quanto à infração 04, discorda da decisão, que teria mantido o entendimento do autuante, embora tenha agido corretamente ao não aplicar a sistemática da substituição às mercadorias que não se enquadravam. Observa que, a partir do ano de 2010 passou-se a exigir ICMS ST sobre luvas, itens que, dentre os diversos que comercializava, alguns estavam cadastrados no NCM 39262000.

Destaca que para este produto existe mais de uma classificação possível, sendo a substituição aplicável apenas para aquelas classificadas no NCM 4015, enquanto as com NCM 3926 não estavam sujeitas à ST, de modo que não se trata de classificação incorreta, mas de NCM não inserido na norma da ST, que somente previa essa sistemática sobre luvas dos NCMs 4015.11.00 e 4015.19.00, e não as classificadas no código 3926.

Observa que tais luvas possuem classificação fiscal conferida pelo fabricante, conforme notas fiscais constantes do anexo 07, que determina o código conforme especificações técnicas do produto, não cabendo à recorrente a alteração desta informação, portanto, embora tenha calculado o ICMS ST sobre os produtos com NCM 4015, aqueles com NCM 3926 não devem ser submetidas a esta sistemática.

Diz que o mesmo ocorre com o álcool 70% (NCM 2912.12.00), que também não estaria submetido à sistemática da substituição tributária pela falta de norma neste sentido, estando a relação restrita aos itens indicados na norma, de modo que deve corresponder a descrição da mercadoria e sua classificação fiscal. O álcool sujeito à ST seria o de código 2207.10.90, logo, diverso daquele que comercializa.

Invoca o princípio da legalidade para defender que somente as mercadorias efetivamente indicadas é que podem se submeter à ST, sendo assim, descabida a Decisão recorrida, que deve ser reformada.

Em relação à multa aplicada, afirma que a Constituição Federal veda utilização de tributo com

efeito de confisco, de modo que o valor da multa deve ser proporcional ao do tributo, não podendo a fiscalização destruir o patrimônio do contribuinte ao exercer o poder de tributar. Sustenta que a multa aplicada é desproporcional, descumprindo regra contida no inciso XXII, do art. 5º da CF/88, citando julgado do STF para defender o seu afastamento ou sua redução em, no máximo 20%.

Diz ainda que os juros remuneratórios são inaplicáveis, conforme dispõe a legislação tributária, de modo que não caberia a incidência da taxa SELIC, que consiste numa forma de juros remuneratórios, sendo que, no caso dos tributos, são devidos apenas juros de mora. Aponta que, de acordo com o § 1º, do art. 161 do CTN apenas com expressa previsão em lei, acerca do cálculo dos juros moratórios incidentes nas obrigações tributárias, a taxa poderia ser diferente de 1% ao mês, de modo que o acórdão deve ser reformado para que sejam aplicados juros máximos neste patamar.

Conclui requerendo o provimento do recurso para determinar o cancelamento integral do Auto de Infração ou, alternativamente, mantida a Decisão recorrida, com as exclusões realizadas e ainda sejam excluídos adicionalmente: *“(a) todos os valores, tanto de ICMS normal quanto de ST, relativos às fraldas descartáveis ainda mantidos na autuação; (b) todos os valores de ICMS ST relativos às saídas para consumidor final ainda mantidos na autuação; (c) todos os valores de ICMS normal relativos aos produtos destinados à saúde que são beneficiados pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99; (d) os valores de ICMS ST relativos às luvas (NCM 39262000) e ao álcool 70% (29121200); (e) relativos à multa, ou quando menos, seja esta reduzida ao percentual de 20%; e (f) relativos aos juros, ou quando menos, sejam estes reduzidos ao 1% ao mês”*.

Os autos foram distribuídos à I. Consª Laís de Carvalho Silva e, na sessão do dia 06/11/2020, os membros da 1ª CJF converteram o feito em diligência ao autuante “[...] para que este proceda com a exclusão das fraldas descartáveis Cremer Disney, bem como as FRALDAS DESCARTÁVEIS PLIMPLIM, ADVANCED E AFEECTIVE, bem como os demais valores (especificados na planilha anexa – doc. 02) relativos às operações destinadas a consumidores finais, com a respectiva adequação dos valores exigidos” (fls. 1.210-1211), atendida às fls. 1.216-1236.

Intimada, a recorrente apontou às fls. 1.240-1245 que ainda persistiriam algumas inconsistências em virtude de a diligência ter partido de planilha de diligência anterior e não da planilha contida no Acórdão nº 0084-01/18 o que resultou em aumento em algumas competências. Os autos retornaram ao autuante, que concordou com a manifestação da recorrente, promovendo a correção dos demonstrativos de débito, conforme informação fiscal de fls. 1.265-1.271, de modo que a infração 01 acabou reduzida para R\$41.588,43 e a Infração 04 para R\$5.391,91.

Intimada novamente, a recorrente apontou que ainda existiria inconsistência nas competências 05/12 e 07/12 da infração 04 (fls. 1.274-1276). O autuante concordou novamente com as ponderações, na informação fiscal de fls. 1.291-1.294, porém, não houve ajuste em relação ao valor do débito, que persistiu, ao final, em R\$46.980,34.

Em seguida, os autos foram redistribuídos a este relator para apreciação, em virtude do encerramento do mandato da I. Consª Laís de Carvalho Silva.

VOTO

Em relação às preliminares, o que a recorrente almeja é a extensão da decisão proferida pela JJF para compreender todas as fraldas descartáveis presentes na infração 01, e a correção dos demonstrativos também em relação às mercadorias comercializadas para consumidor final, listadas na infração 04.

Neste ponto, entendo que a pretensão se fundamenta em um equívoco cometido pela JJF, quando da apreciação das mesmas questões. Extrai-se do acórdão recorrido que as exclusões promovidas naquele instante levaram em consideração os demonstrativos analíticos de fls. 965-990 e sintéticos de fls. 1002-1003, conforme trechos abaixo:

[...] O autuante na Informação Fiscal, de forma correta, acatou a alegação defensiva e efetuou as devidas exclusões, conforme novos demonstrativos analíticos acostados às fls. 965 a 990 e novo Demonstrativo de Débito acostado às fls. 1.002/1.003.

Diante disso, considerando os novos demonstrativos analíticos e sintéticos elaborados pelo autuante, cabe ainda a exclusão da autuação dos valores referentes às Fraldas Desc. Cremer Disney no valor de R\$1.626,15 e de Absorventes no valor de R\$638,28, remanescendo, desse modo, o montante de ICMS devido nesta infração no valor de R\$47.061,63, conforme demonstrativo abaixo:

...
Dessa forma, considerando os novos demonstrativos analíticos e sintéticos com as correções e ajustes realizados pelo autuante, fls. 965 a 990, 1002 e 1003, bem como a exclusão do valor de R\$456,64, referente às Fraldas Desc. Cremer Disney e de R\$135,80, referente aos Absorventes, a infração 4 é parcialmente subsistente no valor de R\$5.742,34, conforme o demonstrativo abaixo: [...]

Ocorre que esses demonstrativos são decorrentes da informação fiscal de fls. 948-964, na qual o autuante, **em relação à infração 01**: concordou com a exclusão das mercadorias saídas a título de bonificações, doações ou brinde (CFOP 5910); discordou da exclusão das amostras grátis (CFOP 5911) por entender que a recorrente não cumpriu as condições do art. 16 do RICMS; rejeitou a exclusão das fraldas e absorventes por considerar a recorrente uma atacadista filial de indústria, a quem seria devida a retenção do ICMS-ST.

E, **em relação à infração 04**: rejeitou a exclusão das luvas comercializadas sob o NCM 3926 porque o considerou incorreto; discordou da exclusão do álcool 70% por entender que a recorrente utiliza a NCM 29121200 equivocadamente; manteve as mercadorias adquiridas da MABESA DO BRASIL por entender que o recolhimento via GNRE seria incorreto, cabendo agora requerer a restituição ou a regularização do crédito porventura existente; e acolheu a exclusão das operações com consumidor final ou contribuinte com regime especial, com exceção da empresa MARIA FRANCISCA PEREIRA VASCONCELOS – ME, por entender que, de acordo com sua atividade (comércio varejista de artigos médicos e ortopédicos) a venda de luvas de procedimentos seria factível.

Todavia, logo após a manifestação da recorrente sobre a informação fiscal (fls. 1009-1017), respondida pelo autuante às fls. 1025-1029, sem gerar novos demonstrativos, a 1ª JJF aprovou diligência elaborada pelo I. Cons. José Bizerra Lima Irmão (fls. 1033-1037), então relator do PAF, que foi respondida às fls. 1040-1046, acompanhada dos demonstrativos analítico de fls. 1047-1054 e sintético de fls. 1055-1057, tendo em vista que, nesta oportunidade, o autuante, **em relação à infração 04**: excluiu todas as luvas enquadradas na posição 3926.20.00 da NCM e também excluiu todas as operações com etanal (acetaldeído) NCM 2912.1200, referente ao período de vigência do RICMS/97.

A recorrente se manifestou às fls. 1063-1072, contudo, embora tenha juntado os documentos de fls. 1073-1099, os autos retornaram ao CONSEF para julgamento, sendo redistribuídos para o I. Cons. Rubens Moutinho dos Santos, redator da nova diligência, de fls. 1113-1115, atendida às fls. 1119-1123, sem elaboração de novos demonstrativos. A recorrente se manifestou novamente às fls. 1127-1132 e, em seguida, foi proferido o acórdão recorrido, às fls. 1144-1171.

Em suma, o acórdão recorrido contém erro material nos demonstrativos elaborados porque se pautou em planilhas da informação fiscal (fls. 965-990 e 1002-1003), que já haviam sido parcialmente modificadas (apenas em relação à infração 04), em sede de diligência (fls. 1047-1054 e 1055-1057). O equívoco fica evidente quando se compara o valor total da infração 04 no demonstrativo de fls. 1055-1057 (R\$6.732,62) com aquele considerado como valor revisado pelo acórdão (R\$6.334,78).

A diferença a maior no demonstrativo de fls. 1055-1057 se justifica porque há uma divergência entre os valores totais por competência do ano de 2011, entre os demonstrativos analíticos de fls. 976-986 e o sintético de fls. 1002-1003, conforme quadro abaixo:

COMPETÊNCIA	TOTAL ANALÍTICO	TOTAL SINTÉTICO
jan/11	509,04	424,23
fev/11	108,70	53,90
mar/11	157,09	77,74
abr/11	1750,25	1756,44
mai/11	330,62	266,46
jun/11	150,74	51,32
jul/11	1053,37	900,60

ago/11	533,15	503,04
set/11	104,18	18,15
out/11	22,15	0,00
nov/11	66,58	0,00
dez/11	325,39	164,19
TOTAL	5.111,26	4.216,07

Entretanto, a diligência de fls. 1216-1235, aprovada por esta CJF, acabou sanando os referidos erros, pois o autuante, partindo dos demonstrativos da diligência na Primeira Instância, implementou as exclusões acolhidas pelo acórdão, sem as divergências de totalização mencionadas.

Assim, devem ser acolhidos os pedidos formulados em sede de preliminar, para excluir do lançamento as fraldas, absorventes e operações de venda a consumidor final remanescentes, conforme acórdão recorrido, corrigindo ainda o erro material dos demonstrativos lançados na decisão, adotando como corretos os de folhas 1216-1235 e não os de fls. 1269-1270 e 1293-1294 porque estes últimos reproduziram o erro material contido no acórdão, induzidos pelas manifestações da recorrente de fls. 1240-1244 e 1274-1276, que se apegaram a demonstrativos com os erros apontados.

Por consequência, os valores remanescentes das infrações 01 e 04 correspondem a R\$41.638,65 e R\$6.561,73, respectivamente. Registre-se que a correção de erros de cálculo é possível a qualquer tempo, conforme § 3º, do art. 164 do RPAF/BA, não se confundindo com o restabelecimento de infração ou agravamento do lançamento.

No mérito, a irresignação se volta à infração 01, no que diz respeito aos extensores que afirma integrar o “conjunto de cateter de drenagem externa”, beneficiário da isenção prevista no Convênio ICMS 01/99 e à infração 04, em relação às luvas cirúrgicas e de procedimentos bem como o álcool etílico 70%, mantidos no lançamento, apesar da argumentação de que os produtos comercializados possuem NCM diferente daquela considerada na autuação.

Importa destacar que o Convênio ICMS 01/99, podendo contemplar apenas o item “cateter”, listou diversos tipos deste produto (itens 17 a 37, pelo menos), que não se restringem à mesma NCM. Dentre eles está o “conjunto de cateter de drenagem externa” do qual a recorrente afirma que as extensões consideradas pelo lançamento fazem parte. Portanto, é razoável concordar que, ao inserir na norma o conjunto, o legislador contemplou todas as suas partes, sob pena de impor restrição aparentemente incompatível com a finalidade da norma.

Consultando o sistema da ANVISA (<https://consultas.anvisa.gov.br/#/saude/25351014378202174/?nomeProduto=conjunto%20de%20cateter%20de%20drenagem%20externa>), é possível encontrar modelo de conjunto de cateter com extensores em seu conteúdo, conforme tela abaixo:

Detalhes do Produto		
Nome da Empresa	TOTAL MEDICAL BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS MEDICO-HOSPITALARES LTDA	
CNPJ	18.747.319/0001-40	Autorização 8.11.585-1
Produto	Conjunto de Cateter de Drenagem Externa - DVE	
Modelo Produto Médico 130-07 130-09 Contém: 1 Cateter Ventricular, 1 Guia (mandril), 1 Tunelizador, 1 Conector anti estrangulamento, 1 Aleta de Fixação, 1 Conector luer lock, 1 Tampa luer lock, 1 Conector em Y, 1 Conector intermitente, 1 Válvula anti retorno, 3 Clamps, 1 Conector luer lock com tampa, 2 Torneiras, 3 vias, 1 Bureta graduada 150 ml, 2 Bolsas coletora 800 ml com clamp terminal, 1 Régua graduada, 1 Abraçadeira de fixação, 1 Cordão, 1 Extensor de aproximadamente 40cm e 1 Extensor de aproximadamente 120cm.		
Tipo de Arquivo	Arquivos	Expediente, data e hora de inclusão
INSTRUÇÕES DE USO OU MANUAL DO USUÁRIO DO PRODUTO	Instruções de Uso 130.pdf	4738956/22-1 - 26/09/2022 - 10:03
Nome Técnico	Cateteres	
Registro	81158510044	
Processo	25351.014378/2021-74	
Fabricante Legal	FABRICANTE: TOTAL MEDICAL BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS MEDICO-HOSPITALARES LTDA - BRASIL	
Classificação de Risco	IV - MÁXIMO RISCO	
Vencimento do Registro	26/09/2032	
<div>Exportar para Excel</div> <div>Exportar para PDF</div> <div>Voltar</div>		

Sabe-se que as normas que conferem isenção devem ser interpretadas literalmente, conforme art. 111 do CTN. Contudo, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido que a atividade interpretativa baseada no referido dispositivo não pode resultar em restrição exacerbada que venha a prejudicar sua própria finalidade.

Nesta linha, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia tem decidido que é preciso observar a importância da isenção veiculada no Convênio ICMS 01/99, de modo que não é razoável exigir a completa identidade da descrição e detalhamentos para aplicação do devido tratamento, conforme ementa abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. CONVÊNIO Nº 01/99. ICMS. PARÂMETRO. CLASSIFICAÇÃO. CÓDIGO NCM. IDENTIDADE DO CÓDIGO. TECNOLOGIA. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE DE TAMBÉM EXIGIR A COMPLETA IDENTIDADE DA DESCRIÇÃO. FINALIDADE DA NORMA ATENDIDA. PRECEDENTES. APELO IMPROVIDO.

1. A Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) - que substitui o NBM - segue a sistemática de classificação baseada no Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias, ou simplesmente Sistema Harmonizado (SH).

2. Trata-se, portanto, de um método internacional de classificação de mercadorias contendo uma estrutura de códigos com a descrição de características específicas dos produtos, a exemplo da origem do produto, dos materiais que o compõem e sua aplicação.

3. A adoção da NCM possui o propósito de, justamente, classificar os produtos de uma maneira simples e organizada. No ponto, eventuais variações ou detalhamentos na descrição não possuem o condão de desnaturar o sentido a norma, mormente quando constata-se, inclusive por diligência do próprio Fisco, a identidade dos códigos que é, justamente, o critério adotado pelo Convênio nº 01/99.

4. Frise-se, dessa forma, que além de invocar o sentido da norma, a procedência da ação encontra-se amparo no parâmetro escolhido pelo próprio texto (cláusula primeira), qual seja, a classificação do código constante no seu anexo. Assim, existindo identidade de código (parâmetro normativa), não há que se exigir a perfeita identidade de suas descrições e detalhamentos.

5. Deixar de conceder isenção aos produtos, que possuem os mesmos NCM's dos constantes na lista anexa, por suas descrições não corresponderem exatamente, seria tributar produtos médicos importantíssimos, desconsiderando-se a própria finalidade da isenção concedida pelo Estado e, principalmente, desconsiderando que o próprio Convênio nº 01/99 estabeleceu como critério a classificação através dos códigos.

6. Apelo improvido. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0570661-07.2015.8.05.0001, Relator(a): MAURICIO KERTZMAN SZPORDER, Publicado em: 05/09/2019)

Destarte, também cabe mencionar que idêntica situação já foi apreciada pela 2ª CJF, em autuação envolvendo a mesma contribuinte, resultando na insubsistência da autuação quanto aos extensores, reconhecendo o seu enquadramento no item 32 do mencionado convênio, conforme ementa abaixo transcrita:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0008-12/20

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. VENDA DE MERCADORIAS. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL. 2. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Conclui-se que todos os produtos desta autuação são considerados como Coletor para unidade de drenagem externa – item 175 - NCM 9018.90.89. Em vista dos produtos Extensores; Coligação Asp. e Coletores, estarem enquadrados nos itens 32 e 175 do Convênio ICMS 01/99. Infrações 1 e 2 insubsistentes. Modificada a Decisão recorrida. [...] Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Vencido o voto do relator em relação às infrações 3 e 4. Decisão por maioria e, unânime quanto as demais infrações.

Assim, entendendo que deve ser provida a pretensão recursal neste ponto, para excluir da infração 01 os extensores, remanescendo o débito conforme demonstrativo abaixo:

Data da Ocorrência	Valor diligência (R\$)	Valor CJF (R\$)
abr/11	1.782,63	1.782,63
mai/11	337,37	337,37
jun/11	0,00	0,00
jul/11	0,00	0,00
ago/11	48,88	0,00
set/11	7.385,57	6.836,98
out/11	948,50	0,00
nov/11	1.287,67	0,00
dez/11	411,47	0,00
jan/12	913,82	0,00
fev/12	685,63	0,00
mar/12	539,91	0,00
abr/12	1.733,45	335,99

mai/12	2.652,00	1.651,32
jun/12	3.441,42	1.548,22
jul/12	2.419,23	2.044,90
ago/12	2.250,41	1.486,81
set/12	2.604,77	1.119,64
out/12	3.647,83	2.021,71
nov/12	3.894,50	3.279,72
dez/12	4.653,59	3.626,63
TOTAL	41.638,65	26.071,92

Sobre a infração 04, uma das controvérsias se relaciona com as luvas comercializadas pela recorrente e foi abordada da seguinte forma na impugnação:

44. *Está-se cobrando ICMS substituição tributária sobre luvas cadastradas no NCM 39262000. A legislação previa a incidência de ICMS substituição tributária apenas sobre luvas dos NCMs 4015.11.00 e 4015.19.00, e não as classificadas no código 3926. Portanto, todas as operações com luvas classificadas no código 3926 devem ser excluídas do referido lançamento.*
45. *Vale destacar que tais luvas têm a classificação fiscal dada pelo seu fabricante, fornecedor da Cremer (vide nota de compra do fornecedor anexa – doc. 7). Conforme a legislação do IPI, compete ao importador ou industrial fabricante a atribuição da classificação fiscal pertinente. A Cremer, como mera revendedora, não pode alterar esta classificação.*

O autuante, por sua vez, em sede de informação fiscal, rebateu:

1. Luvas - NCM 4015.11.00 e 4015.19.00 - o autuado atua no comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios. Por esta razão comercializa entre os produtos afins, luvas cirúrgicas e de procedimentos. De acordo com consulta efetuada no próprio site do autuado, as luvas de procedimentos estão classificadas para a proteção do profissional de saúde nos procedimentos não invasivos. São indicadas para a proteção do profissional de saúde, em geral, durante procedimentos médicos e de enfermagem. Assim, o autuado não comprovou que comercializa outros tipos de luvas, bem como não vislumbramos em suas notas fiscais emitidas nenhum indício de comercialização de luvas que não as utilizadas na área médico-hospitalar.

O NCM 3926 utilizado pelo autuado para classificar suas saídas de luvas é totalmente indevido, uma vez que este NCM trata de “Outras obras de plásticos e obras de outras matérias das posições 3901 a 3914”, sem nenhuma relação com o produto comercializado pelo autuado. Ademais, entendemos que o fato de o fornecedor classificar um produto de forma inadequada, não exime o autuado de corrigir e tratá-lo corretamente em suas operações comerciais.

O acórdão recorrido, por sua vez, entendeu:

– luvas - NCM 4015.11.00 e 4015.19.00 – a questão reside no fato de estar ou não a referida mercadoria sob o regime de substituição tributária. Entende o autuado que não está. O autuante contrariamente entende que está. O autuante sustenta que o código NCM 3926 utilizado pelo autuado para classificar suas saídas de luvas é totalmente indevido, uma vez que este NCM trata de “Outras obras de plásticos e obras de outras matérias das posições 3901 a 3914”, sem nenhuma relação com o produto comercializado pelo autuado. Entende que o fato do fornecedor classificar um produto de forma inadequada, não exime o autuado de corrigir e tratá-lo corretamente em suas operações comerciais. Considero que assiste razão ao autuante. De fato, a utilização de código de NCM de forma equivocada não exime o autuado da imputação;

Penso, no entanto, que há certo equívoco em utilizar como critério para manter tais itens na autuação apenas a indicação de que a recorrida atua com instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios. É verdade que a posição 4015 do Sistema Harmonizado abrange “*Vestuário e seus acessórios (incluindo as luvas, mitenes e semelhantes), de borracha vulcanizada não endurecida, para quaisquer usos*”. Mas, a posição 3926.20.00 também compreende “*Vestuário e seus acessórios (incluindo as luvas, mitenes e semelhantes)*”, de maneira que nem todas as luvas possuem o mesmo tratamento.

De outro lado, de acordo com o art. 3º do Estatuto Social juntado pela recorrente (fls. 24-47) seu objeto é “[...] a exploração da indústria e do comércio de produtos têxteis (tecidos e não tecidos), cirúrgicos, hospitalares, adesivos cirúrgicos e industriais, cosméticos, de perfumaria e higiene, comércio de medicamentos, de saneantes e de produtos de uso veterinário, além de atividades florestais, agropastoris, de informática, imobiliárias (administração, aluguel, compra e venda de bens imóveis próprios) e de prestação de serviços e a fabricação e importação de equipamento de proteção individual (EPI)”.

Extrai-se das planilhas resultantes da última diligência itens com as seguintes descrições:

- LUVA CIRURGICA NEW HAND (7.0, 7.5 e 8.0)
- LUVA PROCEDIMENTO (PP, P, M e G)
- LUVA PROCEDIMENTO VINIL (P, M e G)

No doc. 7 da impugnação, a recorrente colaciona duas notas de entrada para comprovar a NCM 39262000 atribuída pelo fornecedor (VOLK DO BRASIL LTDA), referente ao produto descrito como “LUVA VINIL TRANSPARENTE COM AMIDO” (Nota Fiscal nº 22.314) e outra com o mesmo produto e também com “LUVA VINIL TRANSPARENTE SEM AMIDO” (Nota Fiscal nº 10.660). Todavia, o mesmo conjunto de documentos também contém as notas fiscais de saída emitidas pela recorrente (n^{os} 31.351 e 34.932), especificando o item “LUVA PROCEDIMENTO PP LEMGRUBER CART 100UN”.

Em pesquisa na internet, este relator pode identificar que as luvas cirúrgicas acima especificadas são comercializadas pela LatexBr (ROBISA INDÚSTRIA E COMÉRCIO MATERIAL HOSPITALAR LTDA, CNPJ 05.263.709/0001-01) e as luvas de procedimento pela LEMGRUBER (INDÚSTRIA FRONTINENSE DE LATEX SA, CNPJ 32.407.538/0001-01) e pela VOLK (VOLK DO BRASIL LTDA, CNPJ 02.683.865/0001-25, atualmente integrante do GRUPO BUNZL).

Trata-se, portanto, de três itens distintos, conforme imagens abaixo:



Enquanto as luvas comercializadas pela LatexBr e pela Lemgruber são de látex, aquelas vendidas pela Volk são produzidas com vinil. Consequentemente, entendo que as “luvas cirúrgicas New Hand” e as “luvas de procedimento” constantes do levantamento correspondem à NCM 4015.12.00, ainda que destinadas a procedimentos não cirúrgicos, considerando que a “Borracha e suas obras” está posicionada no Capítulo 40 do Sistema NESH, enquanto as “luvas de procedimento vinil” possuem a NCM 3926.20.00, pois, é neste item que são classificadas “Outras obras de plástico e obras de outras matérias das posições 39.01 a 39.14”. Assim, dou provimento ao recurso neste ponto para excluir do lançamento as luvas de vinil, reduzindo a infração 04 conforme demonstrativo abaixo:

Data da Ocorrência	Valor diligência (R\$)	Valor CJF (R\$)
jan/11	221,52	177,10
fev/11	108,70	57,56
mar/11	157,09	79,35
abr/11	1.200,75	1.163,00
mai/11	330,62	268,19
jun/11	150,74	123,14
jul/11	1.053,37	994,44
ago/11	481,42	409,63
set/11	104,18	86,03
out/11	22,15	22,15
nov/11	66,58	66,58
dez/11	325,39	325,39
jan/12	835,50	835,50
fev/12	805,90	805,90
mar/12	0,00	0,00
abr/12	0,00	0,00
mai/12	0,00	0,00
jun/12	358,75	358,75
jul/12	86,85	86,85
ago/12	0,00	0,00
set/12	76,01	76,01

out/12	0,00	0,00
nov/12	75,23	75,23
dez/12	100,98	100,98
TOTAL	6.561,73	6.111,78

No que se refere ao álcool etílico 70%, na impugnação a recorrente disse que:

46. Também não houve incidência de ICMS substituição tributária em relação a álcool 70% - NCMs 22071090 e 29121200 (classificação fiscal também dada pelo fornecedor), pelo fato de tal mercadoria não estar submetida ao referido regime, conforme previsto pelo RICMS – BA.

47. Portanto, não havendo previsão legal para aplicação de ST em relação a tais mercadorias, totalmente improcedente a cobrança em comento.

Na primeira informação fiscal (fls. 947-963) o autuante afirmou:

2. Alcool 70% - NCMs 22071090 e 29121200: conforme informado anteriormente, o contribuinte autuado tem como atividade econômica comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios. Como tal, comercializa álcool a 70% com indicação preponderante do NCM 2207.10.90, cujo produto encontra-se inserido nos Protocolos ICMS 106/09 e 27/10. O autuado vem utilizando o NCM 29121200 que segundo a tabela de NCM trata-se de 29121200 ETANAL (ACETALDEIDO), que segundo nosso entendimento não se confunde com o produto comercializado pelo autuado, não havendo, portanto, nenhuma dúvida quanto a sujeição do mesmo ao procedimento da substituição tributária.

Ao apreciar este ponto, a JJF decidiu:

– álcool 70% - NCMs 22071090 e 29121200 – o autuante entende que, como o autuado tem como atividade econômica comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios, comercializa álcool a 70% com indicação preponderante do código NCM 2207.10.90, cujo produto encontra-se inserido nos Protocolos ICMS 106/09 e 27/10. Ressalta que o autuado vem utilizando o NCM 29121200 que segundo a tabela de NCM trata-se de ETANAL (ACETALDEIDO). Entende que não se confunde com o produto comercializado pelo autuado, não havendo, portanto, nenhuma dúvida quanto à sujeição do mesmo ao procedimento da substituição tributária. Considero que assiste razão ao autuante. Efetivamente, a própria atividade exercida pelo autuado, confirme a alegação do autuante;

Os DANFES anexados por amostragem aos demonstrativos do lançamento, pelo autuante (fls. 116, 122, 124 e 125) listam produtos descritos como “ÁLCOOL 70% RIALCOOL 1L RIOQUIMICA” e NCM 29121200. De acordo com a página da internet do fornecedor, corresponde ao produto abaixo ilustrado, único disponível na apresentação de 1 litro.



Trata-se, como se pode observar, de produto para limpeza e desinfecção. Consequentemente, apesar do esforço argumentativo, não vejo como classificá-lo no código 29121200 da NCM, considerando que, de acordo com as Notas Explicativas do Sistema de Classificação NCM, o álcool etílico está excluído do Capítulo 29, conforme se pode verificar:

22.07 - Álcool etílico não desnaturado, com um teor alcoólico, em volume, igual ou superior a 80 % vol.; álcool etílico e aguardentes, desnaturados, com qualquer teor alcoólico.

NOTA EXPLICATIVA

O álcool etílico (comumente conhecido como “álcool”) não se classifica na posição 29.05, juntamente com os

outros álcoois acíclicos; está excluído do Capítulo 29 pela sua Nota 2 b). [...]

Destarte, em que pese os Protocolos ICMS informados pelo autuante se refiram às operações interestaduais, o RICMS vigente à época incluiu na substituição tributária as operações internas com álcool etílico para limpeza, conforme dispositivo abaixo:

Art. 353. São responsáveis 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 subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

...
II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

...
36 - produtos de limpeza listados no anexo único do Protocolo ICMS 106/09;

Nota: O item 36 foi acrescentado ao inciso II do caput do art. 353 pela Alteração no 126 (Decreto no 11806, de 26/10/09. DOE de 27/10/09), efeitos a partir de 01/01/10.

Logo, considerando que o álcool etílico para limpeza (NCMs 2207.10.00 e 2207.20.10) estava no anexo do Protocolo ICMS 106/09 no período autuado, reputo como correto o lançamento.

Outrossim, quanto à multa e juros aplicados, não vejo como prosperar a pretensão recursal, pois as multas e consectários possuem previsão legal na legislação estadual e este Conselho não possui competência para afastá-las por eventual inconstitucionalidade tampouco deixar de aplicar normas emanadas de autoridade superior, conforme art. 167, I e III do RPAF/BA.

Por outro lado, não se deve esquecer que as multas previstas nos incisos I, II, III e VII, “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, possuem previsão de redução automática, em percentuais que variam entre 25% e 90%, conforme arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para excluir da autuação os extensores e as luvas de vinil, conforme demonstrativos acima, fixando o débito correspondente à infração 01 em R\$26.071,92 e o da infração 04 em R\$6.111,78, totalizando R\$32.183,70.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207098.0004/14-6, lavrado contra CREMER S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.183,70**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, alíneas “a” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de outubro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS