

PROCESSO	- A. I. N° 207098.0004/14-6
RECORRENTE	- CREMER S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0300-11/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 20/06/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0155-11/23-VD

EMENTA: ICMS. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. Tendo se insurgido contra decisão que não apreciou Recurso de Ofício, não é possível, ao Sujeito Passivo, manejar o pedido de reconsideração, haja vista que já teve a oportunidade de ver debatidos os seus argumentos, em duas instâncias administrativas (duplo grau de jurisdição). Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO CONHECIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra a Decisão da 1ª CJF (Acórdão CJF nº 0300-11/22-VD) que deu Provimento Parcial ao Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão 1ª JJF nº 0084-01/18, o qual julgara parcialmente procedente o Auto de Infração em lide.

A fiscalização lançou ICMS, no valor total de R\$ 79.085,59, e foi lavrado em decorrência de quatro infrações distintas, tendo sido objeto da Decisão recorrida apenas as infrações 01 e 04, descritas da forma abaixo.

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 julgamento pela procedência parcial, o contribuinte recorreu à Segunda Instância deste Conselho de Fazenda, que, conforme Acórdão nº 0300-11/22-VD, deu Provimento Parcial ao Recurso Voluntário, voto cujo teor reproduzo abaixo.

“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 Ventrícular, 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 intermitente1 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.						
Arquivos						
INSTRUÇÕES DE USO OU MANUAL DO USUÁRIO DO PRODUTO	Arquivos	Expediente, data e hora de inclusão				
	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					
Exportar para Excel		Exportar para PDF				
Voltar						

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 SZPORER, 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, entendo 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 comprehende “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 (nos 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. Álcool 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 desnaturalizado, com um teor alcoólico, em volume, igual ou superior a 80 % vol.; álcool etílico e aguardentes, desnaturalizados, 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 subsequentes 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 constitucionalidade 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.”

Irresignado com a decisão da CJF, o Sujeito Passivo interpôs o presente Pedido de Reconsideração (fls. 1321/1327), em 11/01/2023, com base nas razões abaixo.

Após fazer um breve histórico da autuação e dos julgamentos, explica que a Decisão recorrida, em exame de Recurso Voluntário interposto pela empresa autuada, reformou a decisão de primeira instância, agravando a situação do autuado, uma vez que o condenou ao pagamento de valores superiores àqueles constantes do Acórdão 1ª JJF nº 0084-01/18.

Como não havia Recurso de Ofício a ser apreciado, alega que a decisão desta 1ª CJF agrediu o princípio processual de vedação à reformatio in pejus, o que exige a reforma da decisão citada para, ao menos, validar as exclusões já efetivadas pela 1ª JJF.

Assim, pede que seja reconsiderada a decisão atacada, de forma a afastar ou reduzir o valor lançado.

Nesses termos pede deferimento.

VOTO

Como já destacado no relatório, trata-se de Pedido de Reconsideração da decisão da 1ª CJF contida no Acórdão Nº 0300-11/22-VD, o qual deu provimento parcial ao Recurso Voluntário interposto pela empresa Recorrente, CREMER S/A.

Pois bem, tratando-se de Pedido de Reconsideração, por se tratar de espécie recursal de natureza extraordinária, diferentemente daquilo que ocorre com as demais modalidades recursais, faz-se necessário que preencha os requisitos de admissibilidade, previstos no art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF, cuja redação reproduzo abaixo.

“Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:

*...
d) pedido de reconsideração da decisão da Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal; (grifos acrescidos);
...”*

Como se depreende da leitura do texto regulamentar acima transscrito, são dois os requisitos para o cabimento do presente recurso, quais sejam, que a Decisão recorrida tenha tido por objeto um recurso de ofício, bem como que tenha reformado, no mérito, a de primeira instância.

Examinando a decisão da 1ª CJF, Acórdão nº 0300-11/22-VD, nota-se que não teve por objeto examinar Recurso de Ofício, mas sim Recurso Voluntário, ao qual deu parcial provimento, conforme se extrai da leitura de sua ementa, abaixo transcrita.

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF 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.”

Ora, tendo se insurgido contra decisão que não apreciou Recurso de Ofício, não é possível, ao Sujeito Passivo, manejar o Pedido de Reconsideração, haja vista que já teve a oportunidade de ver debatidos os seus argumentos, em duas instâncias administrativas (duplo grau de jurisdição).

Assim, é forçoso reconhecer que inexiste, no presente caso, o direito de ação do Contribuinte.

Quanto à alegação de que teria havido piora em sua situação pela Decisão recorrida, entendo que tal assertiva não corresponde aos fatos, já que a decisão da Câmara reduziu o montante contante

da condenação anterior.

Do exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Pedido de Reconsideração apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **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 de Sessões do CONSEF, 31 de maio de 2023.

RUBENS BEZERRS SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS