

A. I. N° - 206855.3027/16-6
AUTUADO - VIPLAB COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS LABORATORIAIS E HOSPITALARES LTDA.
AUTUANTE - JOÃO EMANOEL BRITO ANDRADE
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/06/2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0079-05/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS COM TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DISPENSADO ÀS OPERAÇÕES NORMAIS. MULTA PERCENTUAL CALCULADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao ICMS não antecipado em multa equivalente a 60% do imposto não antecipado. Contudo, há produtos que não são para uso humano, tais como soro calibrador e soro controle, utilizados para testes clínicos e calibrador de equipamentos, portanto, não sujeitos à substituição tributária. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 20/12/2016, para exigir MULTA no valor de R\$39.750,35, em decorrência de multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Ocorrência nos meses de janeiro a dezembro de 2012.

O contribuinte ingressa com defesa, fls. 29 a 37, na qual chama a atenção para a sua tempestividade.

No mérito aponta que o Auto de Infração foi lavrado sob a interpretação errônea do autuante que enquadrou os produtos comercializados como se fossem vacinas e soros.

Discorre sobre a identificação dos códigos dos produtos para que todos os países que pertencem ao Mercosul fizessem a universalização das operações mercantis, levando-se em conta que os oito dígitos que compõem a NCM, os seis primeiros são classificações do SH. Os dois últimos dígitos fazem parte das especificações próprias do Mercosul. A classificação fiscal de mercadorias é de competência da SRF (Secretaria da Receita Federal), e a partir de 01 de janeiro de 2010 passou a ser obrigatória a inclusão da categorização NCM/SH dos produtos nos documentos fiscais.

Esclarece que seus produtos são classificados pelos seguintes códigos:

- 3002.10.29 – Outros
- 3002.90.10 – Reagentes de origem microbiana para diagnóstico.

Assim, no caso da autuação, o fiscal apontou de forma generalizada que o código 3002 fosse apenas soros e vacinas, com isso deixou de verificar que há inúmeros outros produtos que pertencem ao grupo 3002, tais como sangue humano, preparados para usos terapêuticos, profiláticos ou de diagnóstico, anti-soros; outras frações de sangue ou produtos imunológicos, mesmo modificados ou obtidos por via biotecnológica: vacinas, toxinas, cultura de microorganismo (exceto leveduras) e produtos semelhantes.

No caso concreto as vacinas os códigos são descritos como: 3002.20 (vacina para medicina

humana) a 3002.20.28 (anticatarral e antipiogênico).

No que se refere aos soros são: 3002.10 (anti-soro, outras frações do sangue e produtos imunológicos, mesmo modificados ou obtidos por via biotecnológica) a 3002.10.16 (polivalentes).

Aduz que o autuante considerou apenas o capítulo e a posição apontando o código 3002 para identificar os produtos como vacinas e soros, os quais realmente possuem a substituição tributária, mas nas normas enquadradas pela fiscalização, os produtos comercializados não estão no regime de substituição tributária. Cita que a legislação excluiu os produtos comercializados na substituição tributária, tais como no art. 61, I, do Decreto nº 13.780/2012. Para ratificar que não estão sujeitos à S/T, segue o parecer emitido pela SEFAZ, em situação análoga de nº 07334/2010 (03.05.10), esclarecendo que os produtos 3002.90.10 e 30.02.10.29 não estariam sujeitos à substituição tributária.

Pede a improcedência do Auto de Infração e anexa Parecer da SEFAZ.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 53 a 55, na qual esclarece que o Parecer da SEFAZ nº 07334/2010, traduz que:

(...) “Conforme comentado, nem todos os produtos da posição NCM 3002 correspondem a soros e vacinas. Estes, soros e vacinas, é que estão incluídos na substituição tributária.

Há contudo, um significativo pormenor. A competência para definir a classificação de mercadoria é do Ministério da Fazenda.

Assim sendo, a nossa consulta não determina se os produtos exemplificados na Consulta correspondem ou não a soro ou vacina. Determina assim a possibilidade de produtos incluídos na classificação fiscal indicada no item 13.1 do inciso II do art. 253 do RICMS não corresponderem a soros e vacinas e, portanto, não estarem sujeitos à substituição tributária.

Assim sendo, estabelece : “Assim sendo, a nossa resposta não determina se os produtos exemplificados na consulta correspondem ou não a soro ou vacina.” (...)

O autuante informa que pesquisou e constatou a existência dentre os produtos citados, dois tipos de soro: soro calibrador e soro controle. Esclarece que os soros estão devidamente identificados na coluna “SORO” do demonstrativo de débito retificado, que juntamente com o material didático pertinente, acompanham e integram a presente informação fiscal. Pede a homologação do novo valor apurado.

O autuado manifesta-se acerca da informação fiscal, fls. 80 a 82, e aduz que o fiscal extrapolou as suas prerrogativas ao classificar os produtos comercializados de forma diferente da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Aduz que os produtos da autuada são classificados pelos seguintes códigos:

- 3002.10.29 – Outros
- 3002.90.10 – reagentes de origem microbiana para diagnóstico.

Assim, o fiscal ao realizar a sua pesquisa verificou nas bulas de alguns produtos as palavras soro calibrador e soro controle e concluiu tratar-se de soros aplicados aos seres humanos e dessa forma haveria a substituição tributária. Contudo, tanto o soro calibrador como o soro controle são utilizados como componentes no processo de realização de teste *invitro* (em vidro), em laboratórios em análise clínica e pesquisas.

Ratifica na íntegra a defesa apresentada e requer seja julgada procedente a presente impugnação.

O autuante presta a informação fiscal, fl. 93 e ratifica a prestada anteriormente, quando pede a procedência do novo valor apurado, no montante de R\$11.949,17.

VOTO

Inicialmente verifico que o lançamento tributário preenche todas as formalidades necessárias para a sua validade, tais como as previstas nos arts. 39 a 47, que constituem o Capítulo III, “DO AUTO DE INFRAÇÃO”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99). E por estar em consonância com essas normas legais, apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Ademais, os princípios do

contraditório e da ampla defesa foram observados, sendo que o sujeito passivo foi intimado e teve ciência de todos os atos processuais que ocorreram na presente lide, e pode se manifestar nos prazos legais que lhe foram concedidos, tudo em conformidade com a legislação que rege o processo administrativo fiscal.

Portanto, por ter o lançamento atendido em sua formalidade aos requisitos legais para o seu ingresso no mundo jurídico, passo à apreciação do mérito da infração.

No mérito, está sendo exigida multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação tributária sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. No caso em tela, as mercadorias relacionadas na autuação (medicamentos) estariam enquadradas no regime de substituição tributária pela legislação interna do Estado da Bahia (art. 353, II, “13”, do RICMS-BA) e são procedentes dos Estados de São Paulo, Espírito Santo, Rio de Janeiro e outros Estados que denunciaram o Convênio ICMS 76/94. Dessa forma, em relação às aquisições discriminadas na autuação, o autuado é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

Consoante o art. 8º da Lei nº 7.014/96, são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados, o contribuinte alienante neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta Lei, exceto na hipótese de tê-las recebido com o imposto antecipado.

Consta no Anexo I, item 15: Vacinas, soros e medicamentos de uso não veterinário, inclusive derivados de plantas medicinais, [...] desde que também sujeitos à substituição tributária nas operações interestaduais por força de acordos específicos com as demais unidades da federação.

O demonstrativo da infração encontra-se às fls. 06 a 20 e totaliza uma multa de 60% sobre o ICMS não antecipado, relativo a supostos soros e vacinas e lâmpadas. Importa destacar que os produtos comercializados são classificados através da NCM “Nomenclatura Comum do Mercosul” e tratar-se de um código de oito dígitos, estabelecido para identificar a natureza das mercadorias e promover o desenvolvimento do comércio internacional, dentre outras motivações.

O defensor assevera que os produtos são classificados pelos seguintes códigos: 3002.10.29 – Outros e 3002.90.10 – Reagentes de origem microbiana para diagnóstico. Contudo o autuante apontou de forma generalizada que o código 3002 fosse apenas “soros e vacinas” e errou ao não verificar que há inúmeros produtos que pertencem ao grupo 3002. Assim, considerou apenas o capítulo e a posição apontando o código 3002 para identificar os produtos como vacinas e soros, os quais realmente estão no regime de substituição tributária.

Traz um Parecer emitido pela SEFAZ, esclarecendo que os produtos 3002.90.10 e 3002.10.29 não estariam sujeitos à substituição tributária.

O autuante acata parcialmente as razões do defensor, corrige o demonstrativo inicial e procede à juntada do de fls. 56 a 62, no qual ratifica o valor da multa para R\$ 11.949,17. Constatou que nele restou a exigência fiscal relativa a “soro controle” NCM 3002.1029 e “soro calibrador” NCM 3002.1029.

O Regulamento do ICMS que insere produtos na ST traz a descrição da mercadoria e o código da NBM em que a mercadoria está inserida. Mas pode ocorrer que o código da NBM seja mais amplo e abrange outras mercadorias além daquela que está expressamente descrita no artigo da ST. Nesse caso, a mercadoria que pertence também aquele código da NBM, mas não está expressamente descrita no rol de produtos sujeitos à ST, estará fora da ST. É necessário suprir os dois elementos: estar descrito no RICMS e pertencer àquele código da NBM.

Com base nesta fundamentação, o autuante excluiu produtos do levantamento original tais como AGP Turbitest AA, NCM 30021029, pois apesar de possuir a mesma NCM não se enquadra como soro e vacina, assim como produtos descritos como “AvitexCRP ODO 23; “VDRL. Test 250 det., dentre outros, que foram retirados da exigência fiscal.

Permaneceu contudo, “calibrador” por se tratar de um soro liofilizado, conforme a descrição de fl. 63, 65, 67 e soro controle, descrito às fls. 69, 70. Nesta situação, inconformado com a manutenção de tais itens no demonstrativo apresentado na informação fiscal, a sociedade empresária rebate que o autuante classificou produtos com os códigos 3002.10.29 – Outros e 3002.90.10 – Reagentes de Origem Microbiana para Diagnósticos, e sendo assim, não haveria porque mantê-los pois não estariam sujeitos a substituição tributária.

Entendo que procede razão ao autuado haja vista que em 2009, mediante protocolos, os Estados da Bahia e de São Paulo, Espírito Santo e Rio de Janeiro, incluíram no regime de substituição tributária as operações com produtos farmacêuticos, soros e vacinas de uso humano (Protocolo ICMS 105/09). Os soros calibrador e de controle são utilizados como componentes no processo de realização de teste IN VITRO (em vidro), em laboratórios de análises clínicas e pesquisas. Outrossim, funcionam também como calibrador de equipamentos ou são para uso em testes clínicos e não são para uso humano.

Destaco que esta posição tem sido adotada por este CONSEF, a exemplo do Acordão CJF 213-12/13. Assim, por não se tratarem de produtos, soros e vacinas para uso humano não estão na substituição tributária. Devem ser excluídos da autuação e assim da análise do demonstrativo de fls. 56 a 62, inclusive versos, restara apenas a cobrança relativa ao produto lâmpada, que sequer foi contestado pelo defendant.

O demonstrativo de débito referente à lâmpada assume a seguintes configuração:

Data	ICMS não antecipado	Multa de 60%
01/01/2012	166,21	99,72
26/03/2012	42,37	25,42
03/09/2012	83,79	50,27
17/10/2012	414,65	248,79
Total	707,02	424,20

Infração procedente em parte com multa no valor de R\$424,20.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206855.3027/16-6, lavrado contra **VIPLAB COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS LABORATORIAIS E HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa percentual no valor de **R\$424,20**, prevista no art. 42, II, “d”, §1º, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR