

**A. I. Nº** - 278904.0007/19-4  
**AUTUADO** - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.  
**AUTUANTES** - CARLOS RAMOS MIRANDA FILHO e JAYME BORGES DOMINGUES FILHO  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 09.09.2022

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0137-05/22-VD

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. CRÉDITO FISCAL. Parte das operações foi excluída da autuação por envolver: benefícios fiscais a que o contribuinte tinha direito; descontos incondicionais; e, saídas em transferências não tributadas. Mantida a exigência fiscal, após revisão efetuada pelos autuantes na fase de informação fiscal, para alcançar tão somente as saídas de leite em pó e composto lácteo não beneficiadas pela redução da carga tributária, prevista no RICMS-Ba, em razão dos produtos terem sido fabricados em outras Unidades da Federação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/06/2019 para exigir ICMS no valor principal de R\$ 65.326,72, contendo a seguinte imputação fiscal:

**Infração 01 - 03.02.04** - *Deixou de recolher ICMS decorrente de erro na apuração dos valores do imposto. Lançamento e consequente recolhimento a menor do ICMS devido sobre operações de saídas de mercadorias em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, exercício de 2017, conforme demonstrativos anexos. Multa Aplicada: 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea 'a' da Lei 7.014/96.*

**Documentos que compõem a peça acusatória (fls. 03 a 16):** Demonstrativo de Débito (Anexo I); Termo de Intimação/Mensagens Eletrônicas (Anexo II); Lista Geral de Recolhimento da empresa em 2017 (Anexo III); Demonstrativos da Infração 03.02.04 (Anexo IV); Mídia Digital CD contendo os arquivos que integram o Auto de Infração (Anexo V); e, Recibo de entrega dos arquivos eletrônicos (Anexo IV).

Contribuinte notificado do lançamento através dos Correios, em 09/07/2019, apresenta defesa administrativa protocolada em 28/09/2019, subscrita por advogados, peça processual inserida nos autos entre as fls. 21 a 35.

Inicialmente informa que a empresa autuada é pessoa jurídica voltada ao ramo de distribuição de medicamentos e drogas de uso humano, cosméticos e produtos de perfumaria e de higiene pessoal, entre outros, sujeitando-se ao ICMS.

Após destacar a tempestividade da peça impugnatória passou a discorrer acerca das razões de direito que afastam a cobrança lançada no Auto de Infração.

A partir da análise das mercadorias abrangidas na acusação fiscal sustenta que a Fiscalização deixou de observar a regra veiculada no Art. 266, VII, e § 1º, do RICMS-Ba, que permite a dedutibilidade dos valores das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS da base de cálculo do ICMS, especificamente para determinados produtos relacionados na Lei 10.147/00.

Reproduziu o inteiro teor da norma regulamentar referenciada:

**"Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:**

(...)

**VII - nas operações interestaduais com os produtos relacionados a seguir, destinados a contribuintes situados em outras unidades da federação, a base de cálculo do ICMS será deduzida do valor das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS referente às operações subsequentes cobradas englobadamente na respectiva operação (Conv. ICMS 34/06), observado o disposto nos §§ 1º ao 3º deste artigo:**

a) **produtos farmacêuticos classificados nas posições 3001, 3003, exceto no código 3003.90.56; 3004, exceto no código 3004.90.46; nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10, 3006.60.00;**

b) **produtos de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal, classificados nas posições 3303 a 3305, 3307, e nos códigos 3401.11.90 (exceto 3401.11.90 Ex 01), 3401.20.10 e 9603.21.00;**

*§ 1º A dedução a que se refere o inciso VII corresponderá ao valor obtido pela aplicação de um dos percentuais a seguir indicados, sobre a base de cálculo de origem, em função da alíquota interestadual referente à operação:*

*I - com produto farmacêutico relacionado na alínea "a", com alíquota de:*

*a) 12 % (doze por cento) - 9,90% (nove inteiros e noventa centésimos por cento); b) 4 % (quatro por cento) - 9,04% (nove inteiros e quatro centésimos por cento);*

*II - com produto de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal relacionado na alínea "b", com alíquota de:*

*a) 12 % (doze por cento) - 10,49% (dez inteiros e quarenta e nove centésimos por cento);*

*b) 4% (quatro por cento) - 9,59% (nove inteiros e cinquenta e nove centésimos por cento);"*

Reiterou a defesa que o aludido preceito regulamentar possibilita a dedutibilidade dos valores das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS da base de cálculo do ICMS em determinados percentuais para específicos produtos relacionados na Lei 10.147/00, tendo como fundamento de validade o Convênio ICMS nº 34/2006.

Frente às disposições normativas citadas afirma ser necessário que seja afastada a equivocada interpretação restritiva da Auditoria Fiscal em relação ao inciso II, do § 2º, do art. 266 do RICMS, sob o fundamento de que a utilização do benefício fiscal em exame seria aplicável exclusivamente aos industriais e importadores, por inexistir essa limitação na norma. Nesse sentido fez menção ao Convênio ICMS nº 34/2006, norma matriz do benefício fiscal, cuja redação também foi reproduzida na peça defensiva, relativamente à Cláusula Primeira:

**"Cláusula primeira - Nas operações interestaduais com os produtos indicados no "caput" do art. 1º da Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000, destinados a contribuintes, a base de cálculo do ICMS será deduzida do valor das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS referente às operações subsequentes cobradas, englobadamente na respectiva operação. "**

Ponderou na sequência que as únicas restrições ao benefício fiscal veiculadas pelo Convênio ICMS nº 34/2006 estão previstas no § 2º da cláusula primeira. No inciso I é estabelecida a inaplicabilidade da benesse fiscal às pessoas jurídicas industrializadoras ou importadores tenham firmado com a União, compromisso de ajustamento de conduta, sendo certo que essa exceção não se aplica à Impugnante.

No inc. II, a restrição se refere às operações com os produtos excluídos da incidência das contribuições federais, porém os produtos abrangidos na autuação sofreram tributação monofásica na sistemática prevista na Lei Federal nº 10.147/2000, que dispõe sobre a incidência da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/Pasep, e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

Com base nessa interpretação a defesa afirmou que as pretensões fiscais da mesma espécie da ora impugnada têm sido rechaçadas pelo Poder Judiciário, conforme trechos de decisões originárias de Tribunais de Justiça de São Paulo, citadas na inicial, a seguir reproduzidas:

*“AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO -- ICMS Pretensão voltada à anulação de auto de infração tributária — Cabimento — O benefício fiscal de que trata a Lei n. 10.147/00, e legislação pertinente, e que consiste na redução da base de cálculo do ICMS, por dedução das contribuições PIS/PASEP e COFINS, nas operações interestaduais que envolvem produtos de perfumaria, de beleza e de higiene, classificação 3303 a 3307, da NBM/SH, se aplica tanto às pessoas jurídicas que desenvolvem atividade industrial ou de importação, como às que atuam no comércio atacadista, como é o caso — Multa por descumprimento de obrigação acessória cancelada — Técnica de ponderação orientada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade — Situação em que, o contribuinte, embora de forma intempestiva, entregou a documentação exigida pelo Fisco, não tendo a demora implicado na falta de pagamento de tributo, o que leva à presunção de que a omissão não foi praticada com dolo, fraude ou simulação — Toda disciplina punitiva deve subordinar-se ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, no qual se contém a razoabilidade, impondo-se então a equivalência entre a infração e a sanção aplicável — Reexame necessário e recurso voluntário da FESP não providos.”*

*(TJ/SP, Apelação n.º 3002025-71.2013.8.26.0456, 08ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 14/10/2015)*

*“AÇÃO DECLARATÓRIA - ICMS Comercialização de cosméticos - Contribuições deduzidas da base de cálculo do ICMS - Lei Federal nº 10.147/2000; Convênio ICMS nº 24/2001 e art. 22 do Anexo II do RICMS - Manutenção da sentença que julgou procedentes os embargos à execução - Recursos oficial e voluntário não providos. ”*

*(TJ/SP, Apelação n.º 0004545-94.2009.8.26.0456, T Câmara de Direito Público, Rel. Des. Magalhães Coelho, j. 02/05/2011).*

O contribuinte entende ser forçoso reconhecer a insubsistência da acusação fiscal e a perfeita aplicabilidade do benefício fiscal utilizado pela empresa, razão pela qual pede que seja decretada a IMPROCEDÊNCIA do lançamento de ofício.

Além da inobservância da dedutibilidade dos valores das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS da base de cálculo do ICMS, a defesa argumentou que a Auditoria Fiscal considerou indevida a utilização do benefício fiscal previsto no inciso XXV, do art. 268 do RICMS/2012, relacionado à redução da carga tributária para 7% para os produtos leite em pó e composto lácteo em pó.

No período fiscalizado, de 01/01/2017 a 31/01/2017, conforme atesta o próprio relatório da Auditoria Fiscal (doc. 3), diversos produtos classificados como “leite em pó” e “composto lácteo em pó”, usufruíam do referido benefício fiscal, porém, esse fato deixou de ser observado pelos autuantes. Ademais, apesar da benesse fiscal ter sido revogada pelo Decreto 17.304, de 27 de dezembro de 2016, a norma concessiva da vantagem continuou produzindo seus regulares efeitos até 31/01/2017.

Afirmou mais à frente que a empresa autuada com base na classificação fiscal adotada pelos próprios fabricantes das mercadorias, deu o correspondente tratamento a diversos produtos que se enquadram no dispositivo do RICMS alusivo à redução da carga tributária, de forma que não poderia a Fiscalização, desconsiderar a natureza dos produtos e as respectivas classificações fiscais, na medida em que a competência para esse mister é da Receita Federal do Brasil.

Dessa forma, ainda que se cogitasse eventual não enquadramento dos produtos comercializados pela Impugnante como “leite em pó” ou ainda “composto lácteo em pó”, cumpriria à Fiscalização descrever eventual situação fática e comprová-la na ação fiscal, mas não o fez.

Pede a defesa que as operações em cujo tratamento adotou a redução prevista no inc. XXV do art. 268 do RICMS/2012, sejam preservadas com o consequente cancelamento da exigência fiscal.

Em outro tópico da peça defensiva o contribuinte apontou a existência de mais uma irregularidade do lançamento fiscal. Afirmou que os valores constantes nos campos relacionados às notas fiscais não correspondem com os valores apresentados pela Auditoria no relatório fiscal, isto porque, foi desconsiderado, sem qualquer justificativa, o efetivo preço praticado nas operações próprias, majorando-se indevidamente a base de cálculo do ICMS.

Ponderou a defendente que se a mercadoria foi vendida com descontos sem custos adicionais para o adquirente, não poderia a Fiscalização ter apurado a base de cálculo do ICMS com elementos que não a integram, sob pena de descaracterizar o aludido imposto e de ofender o princípio de capacidade contributiva.

No caso concreto citou as Notas Fiscais (NF) nºs 279173, 279175 e 279176, em que houve a concessão de descontos pela Impugnante, valores que deixaram de ser observados pela Auditoria. Apresentou o “espelho” do documento fiscal contendo as informações constantes da NF 279175, no qual há expressa menção ao desconto concedido na venda, no valor de R\$ 24,72.

Diante da inobservância injustificada pela Fiscalização dos descontos concedidos pela empresa autuada, a defesa pede que a presente autuação seja cancelada ou, ao menos, reduzida.

Na sequência, em mais um tópico, a defesa argumenta que a acusação fiscal também é insustentável, pois a cobrança recaiu sobre operações de transferências, ainda que interestaduais, entre estabelecimentos da Impugnante, na medida em que tais remessas não caracterizam fato gerador do ICMS. Apresentou uma relação de notas fiscais envolvendo saídas processadas através dos CFOP's “6409” e “6152”, respectivamente: **Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária e Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros.**

Em relação à não incidência do ICMS nas operações de transferência entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica, a defendente discorreu que a referida questão já se encontra pacificada no Poder Judiciário, após a edição da Súmula 166 e o julgamento do REsp submetido ao regime dos recursos repetitivos, nº 1125133/SP, Relatoria do Ministro Luiz Fux, cuja ementa transcreveu. Alerta que não se deve menosprezar a orientação jurisprudencial do STJ submetida ao regime dos recursos repetitivos, vinculativos a todos os órgãos jurisdicionais, isto porque, numa eventual discussão judicial, certamente a Fazenda Pública sucumbirá e se sujeitará a pagamento de honorários advocatícios.

Ao finalizar a peça de defesa o contribuinte pede que a mesma seja processada para o fim de se determinar o cancelamento integral do auto de infração e das cobranças dele advindas.

**Relação de documentos anexados na peça impugnatória (fls. 38 a 85):** Doc. 1 - Contrato Social; Doc. 2 - Procuração e substabelecimento; Doc. 3 - Intimação e inicial do Auto de Infração; Doc.4 - Intimação - Correspondência e rastreio de documento.

Informativo fiscal prestado pelos autuantes através da peça processual juntada entre as fls. 87 a 90 dos autos, datada de 30/06/2021.

No que concerne a **aplicabilidade da redução de base de cálculo prevista no art. 266, VII, E §1º DO RICMS, registraram** que assiste razão a autuada em relação à regra veiculada no Art. Mencionado, 266, VII, e, § 1º do RICMS/Ba, aprovado pelo Dec. 13.780/12, segundo a qual cabe dedução dos valores das contribuições para PIS/PASEP e COFINS da base de cálculo do ICMS, razão pela qual alguns itens foram excluídos da autuação conforme novo demonstrativo em formato eletrônico encartado na mídia digital anexada no PAF, cópia entregue ao contribuinte.

Por sua vez, no tocante a **aplicação do benefício fiscal – art. 268, XXV, DO RICMS – carga tributária correspondente a 7% para leite em pó e composto lácteo em pó**, asseveraram que não procedem as argumentações da Impugnante em relação aos produtos listados no

demonstrativo de débito, NCM 04022110 – NESTOGENO, NAN, PRE NAN, e NINHO; e 19011010 – APTAMIL, INFATRINI, MILNUTRI, MILUPA, NESLAC, NOVAMIL, PREGOMIN e SIMILAC. São produtos não industrializados na Bahia, conforme indica o tratamento tributário observado nas respectivas notas fiscais de entrada, em desacordo, portanto, com o dispositivo normativo evocado pela própria autuada, a seguir transcrito:

*“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:*

*(...)*

*XXV - revogado;*

*REDAÇÃO ATÉ 31/01/2017: “XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”*

Relativamente às arguições defensivas de **erro na apuração do imposto e da não incidência de ICMS sobre as transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica**, consignaram na peça informativa que não remanesceram itens relacionados a ambas questões no novo demonstrativo de débito elaborado, após a exclusão das operações beneficiadas com a redução do imposto **prevista no art. 266, VII, e § 1º do RICMS/Ba**.

Ao concluírem a Informação Fiscal os autuantes mantiveram as cobranças relacionadas às operações com **leite em pó e composto lácteo em pó**.

Pedem que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, no valor histórico de **R\$ 11.068,12** e acréscimos legais cabíveis, conforme demonstrativos apresentados em anexo.

Notificado pelos Correios do inteiro teor da peça informativa o contribuinte apresenta Manifestação Defensiva nos autos através da peça processual inserida entre as fls. 100 a 108, protocolada em 01/09/2021.

Destacou inicialmente que o valor remanescente do Auto de Infração se refere aos produtos leite em pó e composto lácteo, que no entendimento da Auditoria não fazem jus à redução da base de cálculo do ICMS em razão de não terem sido fabricados no território baiano, conforme condicionante estabelecida no inc. XXV, do art. 268 do RICMS-Ba.

A defesa contesta o entendimento da fiscalização, argumentando que o benefício fiscal em questão tem por fundamento de validade o Convênio ICMS 128/94, de natureza autorizativa para os Estados e o Distrito Federal, ressaltando que a referida norma não pode ser alterada por meio de simples Decreto Estadual. Informou ainda que o referido Convênio foi ratificado nacionalmente pelo Ato COTEPE 12/94 e que o Estado da Bahia está adstrito à observância dessa norma por força do disposto no art. 7º da Lei Complementar nº 24/1975.

Sobre a matéria citou precedentes judiciais originários do STF nos Recursos Extraordinários nº 97.250 e 96.545, que em relação aos benefícios fiscais rejeita a tese que diferencia o “Convênio Autorizativo” do “Convênio Impositivo”.

Afirmou na sequência que embora o RICMS-Ba tenha condicionado o benefício fiscal aos produtos industrializados no Estado da Bahia, na redação do referido Convênio não consta nenhuma limitação dessa espécie. Sustenta ser aplicável o art. 111, inc. II do CTN, que estabelece a interpretação literal de dispositivos na legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção, equiparável à redução da carga tributária, que configura espécie de isenção parcial. Observa ainda que em outras unidades da Federação não há a restrição criada na legislação baiana.

Sobre outro prisma a defesa refuta o argumento fazendário de que o benefício fiscal seria inaplicável à empresa autuada por ter sido revogado pelo Decreto nº 17.304/16, efeitos a partir de 01/02/2017. A pretensa revogação não poderia produzir efeitos porque a norma que majora tributo, ainda que indiretamente, na forma de alteração ou revogação de benefício fiscal, deve observar o princípio da anterioridade, positivado no art. 150, III, “b” e “e”, da Constituição Federal. Para a defesa, o benefício fiscal em exame produziu efeitos durante todo o ano de 2017.

Ao final o contribuinte reitera o pedido de julgamento pela total improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes, em novo informativo fiscal, prestado em 30/04/2022, através da peça juntada aos autos à fl. 116, afirmaram que as alegações empresariais não adicionaram fato novo, razão pela qual ratificaram a Informação anterior, pedindo que o julgamento seja pela procedência parcial do Auto de Infração no montante apurado de R\$ 11.068,12.

Em despacho exarado à fl. 120 deste PAF, após avaliação dos elementos existentes neste processo, concluí que o mesmo se encontra em condições de ser inserido na pauta de julgamento.

Apresento na sequência o meu voto.

É o Relatório.

## **VOTO**

Inicialmente cabe destacar que na avaliação dessa Relatoria mostra-se desnecessária a remessa dos autos para a realização de diligências fiscais, considerando que a matéria fática está devidamente esclarecida nos autos após as intervenções do autuado e dos autuantes neste PAF, através, respectivamente, das alegações articuladas nas peças de defesa e nas razões expostas nos Informativos Fiscais.

As questões a serem enfrentadas por esta Relatoria se concentram exclusivamente no exame das provas existentes no processo e na aplicação da legislação tributária.

Também não se identifica vícios formais do procedimento fiscal impeditivos do exame de mérito da imputação fiscal. O contribuinte foi devidamente notificado do Auto de Infração, procedendo-se a entrega de todos os elementos de prova que compõem a peça acusatória, ofertado o prazo regulamentar de 60 dias para apresentação da peça impugnatória, devidamente processada e encaminhada para este CONSEF. Assegurado ao contribuinte, portanto, o direito a ampla defesa e o exercício do contraditório.

Passaremos doravante ao exame de mérito. O Auto de Infração em lide é composto de uma única ocorrência em que se verificou o recolhimento a menos do ICMS entre os meses de janeiro a dezembro do exercício de 2017.

De acordo com o que foi exposto na peça defesa a cobrança do imposto decorreu de o fisco ter constatado que o contribuinte, nas operações de saídas internas de mercadorias, ter apurado incorretamente o ICMS em razão de:

- 1 – utilizar a redução da base de cálculo prevista no art. 266, VII e § 1º do RICMS-Ba para produtos não alcançados pelo benefício;
- 2 - reduzir indevidamente a carga tributária do imposto para 7%, conforme norma positivada no art. 268, inc. XXV, do RICMS-Ba, para as operações com os produtos leite em pó e composto lácteo em pó, adquiridos em outras Unidades da Federação, em desacordo com a condição estabelecida na norma regulamentar, que prescrevia que o benefício fiscal só alcançava as mercadorias produzidas no Estado da Bahia;
- 3 – ter deixado o fisco de considerar os descontos incondicionais concedidos em algumas operações de venda além de tributar indevidamente operações de transferências de mercadorias para outros estabelecimentos da mesma empresa.

Em relação aos reclamados defensivos listados nos itens 1 e 3 acima a questão controvertida restou pacificada, pois os autuantes, na fase de informação fiscal reconheceram a procedência dos argumentos defensivos.

Os autuantes deixaram de observar que o inc. VII, do art. 266 do RICMS-Ba combinado com o seu § 1º, concede aos contribuintes a possibilidade de dedução dos valores das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS da base de cálculo do ICMS. O referido benefício fiscal alcança os produtos

farmacêuticos, de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal classificados nas posições da NCM listadas na norma regulamentar, cujo fundamento de validade é o Convênio ICMS 34/2006, que apresenta, na sua Cláusula Primeira, parágrafo primeiro, a seguinte redação:

**Cláusula primeira** Nas operações interestaduais com os produtos indicados no “caput” do art. 1º da Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000, destinados à contribuintes, a base de cálculo do ICMS será deduzida do valor das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS referente às operações subsequentes cobradas, englobadamente na respectiva operação.

§ 1º A dedução corresponderá ao valor obtido pela aplicação de um dos percentuais a seguir indicados, sobre a base de cálculo de origem, em função da alíquota interestadual referente à operação:

I - com produto farmacêutico relacionado na alínea “a” do inciso I do “caput” do art. 1º da Lei 10.147/00, com alíquota:

- a) de 7% - 9,34%;
- b) de 12% - 9,90%;
- c) de 4% - 9,04%

II - com produto de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal relacionado na alínea “b” do inciso I do “caput” do art. 1º da Lei 10.147/00, com alíquota:

- a) de 7% - 9,90%;
- b) de 12% - 10,49%.
- c) de 4% - 9,59%

Excluídas do Auto de Infração, portanto, as operações beneficiadas com as disposições do Conv. ICMS 34/2006 c/c o art. 266, inc. VII e § 1º, do RICMS-Ba.

Após essas exclusões não foi detectada a existência de valores indevidamente lançados relativos a cobranças decorrentes de descontos incondicionais e de operações de transferências para outros estabelecimentos da empresa autuada, conforme apontado pelos autuantes no informativo fiscal.

A única cobrança que restou mantida no Auto de Infração decorreu das operações com os produtos leite em pó e composto lácteo em pó, totalizando a importância principal de **R\$ 11.068,12**.

Insurge-se o contribuinte, em nova manifestação nos autos, contra essa cobrança remanescente, concentrada nas operações com leite em pó e composto lácteo em pó, sustentando que o benefício da redução da carga tributária desses produtos:

- a) Tem por fundamento de validade o Convênio ICMS 128/1994 que não estabelece a restrição da benesse fiscal alcançar tão somente os produtos industrializados no território estadual, de forma que o Decreto baiano exorbitou da sua competência em regular a matéria, estando também em desacordo com o disposto no art. 7º da Lei Complementar 24/1975;
- b) A revogação da norma do benefício processada pelo Dec. nº 17.304/2016, efeitos a partir de 01/02/17 resultou em violação ao princípio da anterioridade previsto na Constituição Federal, no art. 150, inc. III, alíneas “b” e “c”, devendo o regramento da benesse fiscal ser considerada eficaz durante todo o exercício de 2017.

Primeiramente cabe destacar que os argumentos defensivos em desfavor da cobrança remanescente deste Auto de Infração estão situados no campo normativo (questões de direito), não havendo qualquer contestação no que se refere aos cálculos efetuados pelas autoridades fiscais. A questão controvertida, conforme já destacado linhas acima, gravita em torno do tratamento tributário a ser dispensado às operações de saídas internas de leite em pó e composto lácteo em pó.

Improcede a alegação da defesa de que o benefício da redução da carga tributária do leite em pó e do composto lácteo em pó, prevista no art. 268, inc. XXV do RICMS-Ba (Dec. 13.780/2012), tem por norma matriz o Convênio ICMS 128/1994. O referido Convênio dispõe sobre tratamento tributário para as operações com as mercadorias que compõem a cesta básica. No Estado da Bahia, as mercadorias integrantes da cesta básica, para efeitos de incidência do ICMS, estão listadas no art. 16, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, que abarca os seguintes itens: arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca. A tributação interna dessas mercadorias é reduzida através da aplicação da alíquota de 7%.

Já o leite em pó e o composto lácteo produzidos no território baiano foram beneficiados com a redução da carga tributária, até 31/01/2017, por Decreto autônomo, sem qualquer vinculação com as disposições do Conv. ICMS 28/94, de forma que o regime jurídico aplicável a esse Convênio autorizativo não alcança as operações com os produtos objeto da presente autuação, não se podendo, portanto, estabelecer qualquer relação de hierarquia entre essas normas.

No caso concreto é fato incontroverso que os produtos comercializados pela empresa autuada são originários de fabricantes situados em outras Unidades da Federação de forma que a redução da carga tributária prevista no RICMS-Ba não alcançava as operações de saídas promovidas pelo contribuinte.

O segundo argumento empresarial de que o benefício fiscal deveria ser considerado eficaz durante todo o exercício de 2017, em razão do princípio da anterioridade geral e da anterioridade nonagesimal, previsto no art. 150, III, “c” e “b” da Constituição Federal também não procede. Conforme já destacado anteriormente a benesse fiscal em exame foi revogada pelo Decreto Estadual nº 17.304/2016, com efeitos a partir de 01/02/17. Porém as operações promovidas pela empresa autuada não se enquadravam nas disposições do art. 268, inc. XXV do RICMS-Ba, exatamente porque os produtos comercializados pelo contribuinte não foram fabricados no território baiano. Nessas circunstâncias os efeitos da revogação do dispositivo regulamentar concessivo do incentivo fiscal não implicou violação das normas constitucionais citadas na peça defensiva.

No que se refere à restrição do benefício só alcançar os produtos fabricados no território baiano, conforme norma inserida no art. 268, inc. XXV do RICMS-Ba (Dec. 13.780/2012), trata-se de disposição expressa da legislação tributária deste Estado que não pode ser afastada pelos órgãos julgadores administrativos, em razão do que se encontra previsto no art. 167, incisos I e III do RPAF/99 contendo os seguintes comandos:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Razões defensivas de mérito rejeitadas no que se refere às operações com leite em pó e composto lácteo. Mantida em parte a autuação, para os fatos geradores do janeiro de 2017, no valor principal de R\$ 11.068,12, conforme apurado pela Auditoria na fase de Informação Fiscal.

Considerando o acima exposto nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL 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 **278904.0007/19-4**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 11.068,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR