

PROCESSO - A. I. Nº 281424.0001/19-4
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0110-01/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/12/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0293-11/21-VD

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. O benefício da redução da base de cálculo previsto no RICMS/BA, de acordo com a legislação vigente na data da ocorrência dos fatos geradores, somente se aplicava às saídas de leite e composto lácteo de fabricação no território da Bahia, e não de fabricação em outras Unidades da Federação, conforme utilizado pela autuada. A matéria, em sede judicial, tem sido fartamente reconhecida como inconstitucional, tendo a PGE/PROFIS se manifestado no sentido da improcedência do Auto de Infração, em razão da ilegalidade do tratamento diferenciado para as operações internas e interestaduais para o mesmo produto. Infração elidida. Indeferido o pedido de perícia. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 26/03/19, para exigir ICMS no valor de R\$38.633,30 (2016), acrescido da multa de 60% face ao recolhimento a menos do imposto em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Após a devida instrução processual, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

O Auto de Infração acusa recolhimento a menos do ICMS em razão do contribuinte ter utilizado indevidamente benefício fiscal de RBC na comercialização de leite em pó, composto lácteo e leite longa vida adquirido fora do Estado, aplicando RBC prevista para os fabricados no Estado.

Com relação ao argumento de que a legislação tributária não pode estabelecer diferenças tributárias entre o leite longa vida e composto lácteo produzido no Estado e oriundo de outros estados, entendo que assiste razão a fiscalização de que a RBC prevista no artigo 268, XXV e XXIX do RICMS/2012, vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores alcançavam exclusivamente as operações internas com mercadorias adquiridas de fabricante estabelecido neste Estado, ficando afastada a aplicação do benefício ao produto adquirido em outros estados, conforme dispositivos transcritos:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

“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); (efeitos de 17/06/15 a 31/01/17)”.

“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, fabricados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento); (efeitos de 01/01/14 a 16/06/15)”.

“XXIX - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento); (efeitos até 31/01/17)”.

Portanto, apenas para o leite “fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%”, logo, o benefício fiscal não se aplica as operações internas, com leite adquirido em outras unidades da Federação.

No tocante a outros produtos que o autuante se reportou na informação fiscal, constato que no demonstrativo original de fls. 8 a 10, foram relacionados outros produtos, cujos valores exigidos são pouco relevantes e não foram contestados na defesa. Por isso, tendo o estabelecimento autuado recebido cópia dos demonstrativos e não tendo contestado na impugnação, entendo que houve reconhecimento tácito por parte do defendente, que se restringiu ao produto leite.

Com relação à alegação de inconstitucionalidade da legislação do Estado ao estabelecer tributação diferenciada na comercialização de leite adquirido no Estado e de fora do Estado, conforme fundamentado na Decisão recorrida o art. 167, I do RPAF/BA dispõe que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Além disso, conforme já apreciado nas Decisões contidas nos Acórdãos CJF 0224-12/09, CJF 191-11/13 e CJF 247-11/14, CJF 0168-12/17 e CJF 0191-12/17, o disposto no art. 155, II da CF 88 estabelece que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o ICMS, facultando ao Senado Federal (inc. V, “a” e VI) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas e fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados.

Por sua vez, o disposto no art. 155, XII, “g”, as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias não podem ser inferiores às previstas para as operações interestaduais.

Conforme decidido pelo Plenário do STF, a natureza jurídica da redução de base de cálculo, configura uma espécie de isenção parcial (AI-AgR 449051/RS-29/06/06 e AI-ED 497755/PR 13/12/05).

Logo, a RBC de 58,825% estabelecida no art. 268, XXV e XXIX do RICMS/2012 para comercialização do leite produzido no Estado, equipara a 7% prevista para as operações de aquisição de leite nos Estados localizados na região Sul e Sudeste, não conflitando com a regra constitucional.

No que se refere à sentença de primeiro grau relativa à ação anulatória de débito fiscal, de acordo com o fundamentado da Decisão contida no Acórdão 6ª JFJ nº 0007-06/19, “sendo tal decisão específica àquele lançamento de ofício e àquela empresa. Da mesma forma, entendo que os precedentes judiciais citados na peça impugnatória, proferidos pelo STF, não vinculam a Administração Pública do Estado da Bahia, na medida em que esta não é parte em nenhuma das ações citadas”. Portanto, não há vinculação a apreciação da matéria em julgamento de processo administrativo fiscal.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96, portanto é legal.

Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 3), se atendido as condições estabelecidas no art. 45 e 45-B do mencionado diploma legal (fl. 3) a multa aplicada poderá ter redução de até 70%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, o ônus da multa aplicada efetivamente pode ser menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração.

Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Por tudo que foi exposto, concluo que os elementos contidos no processo demonstram que o autuado adquiriu leite em outros Estados e comercializou aplicando indevidamente benefício fiscal da redução da base de cálculo restrito às aquisições do produto (leite longa vida, composto lácteo e leite em pó) no Estado e correto o procedimento fiscal. Infração não elidida.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs o presente recurso objetivando a reapreciação de piso, com base no que alega abaixo:

Inicialmente tece um breve relato dos fatos.

No mérito, questiona fato de que a legislação estadual só permite a redução da base de cálculo para o leite longa vida e semelhantes, produzido no Estado.

Aduz que, diante do art. 1º da CF/88 de que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos...”, bem se vê que o Constituinte estabeleceu um elo de cooperação entre os Estados, para evitar competições predatórias, indiscriminadas e danosas entre os Entes pertencentes à mesma Federação, que implicassem em crescimento de um Estado

em detrimento de outros, prática essa repelida pela Carta Magna.

Assim, por atropelar o pacto federativo, é ilícida a exigência fiscal, pois o Estado da Bahia, ao impor diferentes situações de tributação para o mesmo produto, está desconsiderando a hierarquia das normas legais vigentes e os princípios basilares do direito.

Cita doutrina sobre o tema e assevera que ao conferir o privilégio de carga tributária diferenciada (redução de base de cálculo) para os produtos locais e, por outro lado, obrigar que o leite produzido nas demais Unidades da Federação sofra tributação superior pelo ICMS, atropela, claramente, o princípio da isonomia, assim como a proibição ao limite de tráfego em razão de sua origem, previsto na Carta Magna.

Em outras palavras, a sistemática concebida pelo Estado, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de forma desleal, no comércio de leite, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da carga tributária de 17% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxa reduzida a 7%.

Salienta que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário da Bahia que, confirmando a majoração da carga tributária, vem se posicionando pela improcedência da exigência de recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de leite longa vida.

Cita decisões do Estado da Bahia, bem como de São Paulo e do próprio STF, a qual entendeu pela inconstitucionalidade do tratamento diferenciado para as operações internas e interestaduais para o mesmo produto.

Afirma, portanto, a improcedência se impõe porque, considerando que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afronta aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 155, II, § 2º, XII, “g” e 152, todos da Carta da República, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual.

E que no acórdão recorrido, há menção a uma decisão no Acórdão da 6ª JFJ (nº 007-6/19), em que cita trecho que fala acerca da não vinculação da Administração Pública do Estado da Bahia às decisões publicadas pelo STF, mas, apesar disso, para fundamentar o seu voto, cita o precedente (AI - AgR 449051/RS-29/06/06 e AI - ED 497755/PR 13/12/05) para fundamentar a caracterização da redução da base de cálculo como uma isenção parcial. A não vinculação a Constituição seria apenas em desfavor do contribuinte?

Assim, entende a recorrente que o benefício concedido ao “leite longa vida” produzido neste Estado (da Bahia) deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência.

Segue arguindo a exorbitância da multa aplicada, requerendo a aplicação do art. 112 do CTN (in *dúbio pro* contribuinte) em caso de dúvida e, por fim, pugnando pelo reconhecimento e declaração/decretação da improcedência do crédito tributário, diante da impropriedade da exigência fiscal.

Em sessão de julgamento realizada em 21/08/2020, esta 1ª CJF decidiu converter o feito em diligência à PGE/PROFIS para emissão de parecer jurídico acerca da matéria e das recentes decisões judiciais.

Em resposta, o i. Procurador manifestou-se, informando que jurisprudência majoritária e pacífica já declarou a inconstitucionalidade e ilegalidade do benefício, em face de ofensa ao artigo 152 da CF/88, citando os julgados e concluindo, diante da farta jurisprudência contrária ao tema objeto do presente questionamento, pela improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos de ICMS em decorrência da utilização indevida de benefício fiscal de redução da base de cálculo na comercialização de leite em pó, composto lácteo e leite longa vida adquirido fora do Estado, aplicando a redução prevista

para os fabricados no Estado da Bahia.

Em sede recursal, a recorrente questiona o fato da legislação estadual só permitir a redução da base de cálculo para o leite longa vida e semelhantes produzidos no próprio Estado, o que seria uma afronta ao pacto federativo e a determinação constitucional.

Tendo em vista o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4152 reconheceu a inconstitucionalidade da redução aplicada pelo Estado da Bahia, reconhecendo-a como discriminatória, e que o judiciário já vem referendando este entendimento, o da inconstitucionalidade do tratamento diferenciado para as operações internas e interestaduais para o mesmo produto, entendo que outro caminho não poderia ser trilhado nesta decisão que não a improcedência do Auto de Infração em lide.

Observe que não há afronta ao que determina o art. 167, I do RPAF/99 neste caso, tendo em vista que não se está, nesta decisão, declarando inconstitucionalidade da norma, mas sim aplicando a inconstitucionalidade já declarada e reconhecida judicialmente.

É o que se vê dos recentes julgados mencionados no parecer da Douta Procuradoria, os quais reproduzo logo abaixo:

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Cível Processo: AGRADO DE INSTRUMENTO n. 8027714- 17.2019.8.05.0000 Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível AGRAVANTE: COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DA BAHIA e outros Advogado (s): RODRIGO AYRES MARTINS DE OLIVEIRA AGRAVADO: MAYK REIS CARVALHO CASTRO SILVA Advogado (s): HALLISON GONDIM DE OLIVEIRA NOBREGA ACORDÃO APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DE ALÍQUOTA DO ICMS PARA O PRODUTO LEITE LONGA VIDA FABRICADO NO ESTADO DA BAHIA. IMPOSSIBILIDADE. PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA JÁ DECIDIU PELA INCONSTITUCIONALIDADE DA DIFERENCIAÇÃO. LEGITIMIDADE DA AUTUAÇÃO FISCAL. COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVE SER MANTIDA COM BASE EM TRIBUTAÇÃO APLICADA PARA TODOS OS ESTADOS MEMBROS. ALÍQUOTA DE 17% PARA COMPOSTO LÁCTEO. ISENÇÃO NA COBRANÇA DE ICMS PARA BACALHAU DESSALGADO. INADMISSIBILIDADE. TRIBUTAÇÃO DE PRODUTO HORTIFRUTÍCOLA QUE PASSOU POR PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. LEGALIDADE. INTERPRETAÇÃO LITERAL DA NORMA. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA 1. A previsão do benefício de redução de base de cálculo do produto intitulado leite longa vida, de forma que a alíquota final seja 7% nas saídas internas, oriundo do Estado da Bahia já foi reconhecida pela jurisprudência do STF como discriminatória, vez que viola o art. 152 da Constituição Federal. Precedente na ADI 4152. 2. Outrossim, da mesma forma, este Tribunal já se debruçou sobre o tema, na Ação de Arguição de Incidente de Inconstitucionalidade nº 00048023620178050000, declarando que o art. 87, inciso XXXV, do Decreto Estadual nº 6.284/1997, que prevê o benefício fiscal ao leite longa vida produzido na Bahia, replicado no artigo 268, XXIX do Decreto 13.780/12, vigente à época do fato gerador do tributo em discussão, incidiu em vício de inconstitucionalidade ao afrontar os arts. 152 e 155, § 2º, XII, g, da CF/88. 3. Portanto, o fato de ter sido reconhecida a inconstitucionalidade do dispositivo da Legislação Tributária Estadual, que prevê a redução de base de cálculo mencionada nas linhas acima, não pode dar guarida a extensão do benefício para operações com o leite produzido em outros Estados, mas sim extirpa-lo do ordenamento jurídico. 4. A isenção de cobrança de ICMS para pescado prevista na alínea e, do inciso II do artigo 265 do Decreto do Estado nº 13.780/12, deve ser aplicado literalmente. Dessa forma, a tributação do bacalhau “dessalgado” é devida, vez que passou o produto por um processo de retirada do sal e congelamento, ou seja, o mesmo já havia sido salgado, perdendo o peixe sua característica de produto “in natura” como deve ser interpretada a isenção disciplinada na Lei. Além disso, o convênio 60/91 exclui expressamente a isenção ao bacalhau. 4. Outrossim, o convênio 44/75, que trata acerca de isenção de produtos hortifrutigranjeiros, e ampara o artigo 265 do Decreto Estadual 13.780/12, em seu parágrafo 4º da cláusula primeira, convalida o benefício fiscal aos hortifrutículas ainda que cortados, picados, fatiados, torneados, descascados, desfolhados, lavados, higienizados, embalados ou resfriados, contudo como se vê não traz a desidratação como possibilidade de manutenção da caracterização “in natura” dos produtos. 5. Notadamente a CDA possui presunção de legitimidade e a empresa não trouxe elementos suficientes para afastá-la. Ademais, consoante entendimento do STJ, quando os Embargos à Execução tratarem sobre excesso de execução, cabe ao Embargante indicar o valor que entende correto e a apresentação da memória do cálculo junto a petição inicial, o que não se vê nos autos. 6. No que concerne a irrisignação do Apelante quanto a multa aplicada pela Fazenda Estadual, o Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento no sentido de não ser confiscatória multa tributária sancionatória não excedente a 100% (cem por cento) sobre o valor decorrente da obrigação principal, de modo que não há que se falar em redução do percentual de 60% (sessenta por cento) aplicado ao caso concreto. SENTENÇA MANTIDA. NEGÓCIO PROVIMENTO À APELAÇÃO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0347396-52.2018.8.05.0001, de Salvador, em que figuram como Apelante BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA e Apelado ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Câmara Cível, à unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO AO APELO, pelas razões adiante

expostas. (TJ-BA - AI: 80277141720198050000, Relator: LIGIA MARIA RAMOS CUNHA LIMA, SEGUNDA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/11/2020)

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer da apelação, em rejeitar as preliminares e em negar-lhe provimento,

e em manter a sentença em reexame necessário, nos termos do voto do relator. **EMENTA:** TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - LEITE LONGA VIDA UHT - TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADA CONFORME O ESTADO DE SUA PROCEDÊNCIA - OFENSA AO ARTIGO 150, PARÁGRAFO 6º, ARTIGOS 152 E 155, PARÁGRAFO 2º, INCISOXII, ALÍNEA G, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA RECONHECIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE - SEGURANÇA DEFERIDA - APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA - SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. *Tem a eiva de inconstitucionalidade a instituição de tributação diferenciada de ICMS incidente nas operações referentes ao produto denominado Leite Longa Vida UHT tendo por base o Estado de sua procedência.* (TJPR - 3ª C.Cível - ACR - 1404833-4 - Curitiba - Rei: Rogério Coelho - Unânime - -J. 27.10.2015) (TJ-PR - REEX: 14048334 PR 1404833-4 (Acórdão), Relator: Rogério Coelho, Data de Julgamento: 27/10/2015, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1681 03/11/2015)

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Cível Processo: APELAÇÃO CÍVEL n. 8032604- 59.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível APELANTE: BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA Advogado (s): IVO DE OLIVEIRA LIMA, IVO DE LIMA BARBOZA APELADO: ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA DO ICMS PARA O PRODUTO LEITE LONGA VIDA FABRICADO NO ESTADO DA BAHIA. IMPOSSIBILIDADE. TRIBUNAL PLENO DESTA EGRÉGIA CORTE JÁ DECIDIU PELA INCONSTITUCIONALIDADE DA DIFERENCIAÇÃO. COBRANÇA DO

CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUE DEVE SER MANTIDA COM BASE EM TRIBUTAÇÃO APLICADA PARA TODOS OS ESTADOS MEMBROS. ALÍQUOTA DE 17%. PRECEDENTE DO STF - ADI 4152. APLICAÇÃO DE MULTA NO PERCENTUAL DE 60%. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER CONFISCA TÓRIO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. A CORDÃO Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Cível n 8032604-59.2020.8.05.0001, de SALVADOR nos qual é apelante BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA e apelado ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores componentes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto condutor (TJ-BA - APL: 80326045920208050001, Relator: MARIA DE LOURDES PINHO MEDAUAR, PRIMEIRA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/06/2021) DECLARATÓRIA. ICMS. Decreto Estadual 52.381/2007. Regime diferenciado de alíquota do ICMS de leite longa vida produzido no Estado de São Paulo. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 152 da Constituição Federal e artigo 11 do Código Tributário Nacional. Inconstitucionalidade reconhecida pelo STF na ADIN 4152-5. Honorários advocatícios reduzidos. Sentença de procedência. Recurso voluntário e reexame necessário parcialmente providos. (TJ-SP - REEX: 06023402520088260053 SP 0602340-25.2008.8.26.0053, Relator: Paulo Gálizia, Data de Julgamento: 05/08/2013, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 09/08/2013)

Assim, diante do quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281424.0001/19-4, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS