

A. I. Nº - 278868.0010/20-2
AUTUADO - BOMPREGO DA BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ MARCELO PONTES
ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06.06.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0071-05/22-VD

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. OPERAÇÕES INTERNAS. REDUÇÃO INDEVIDA. O art. 268, incisos XXV e XIX, contemplava as operações internas com leite em pó longa vida e composto lácteo em pó fabricados neste Estado, com o benefício fiscal de redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%. Portanto, não contempla operações de produtos adquiridos de fabricante estabelecido em outros Estados. Não há limitação ou impedimento ao trânsito dos produtos originários de outros Estados, apenas lhes cabem uma carga tributária diferenciada, que tinha como objetivo estimular a produção e circulação interna da mercadoria. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/12/20, exige ICMS relativo a recolhimento a menor do imposto, em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo (2016) – R\$ 24.515,20, acrescido da multa de 60%.

O autuado na defesa apresentada (fls. 09 a 31) inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre a infração e preliminarmente afirma que a exigência fiscal não considerou as mercadorias auditadas que possuem redução de base de cálculo, sujeitas a alíquota de 7% e não de 18%.

Suscita a nulidade da autuação sob alegação de preterição do direito de defesa, afirmando que a comprovação da exigência fiscal se lastreia em planilha que “*não constam as chaves de acesso das notas fiscais para que as mercadorias sejam identificadas*”.

Argumenta que a planilha apresentada não é suficiente para provar que recolheu ICMS a menor devido a utilização indevida da redução de base de cálculo (RBC), em razão de que não foram apresentadas as notas fiscais relacionadas aos valores exigidos, o que lhe impediu de contestar o lançamento, prejudicando a verificação da materialidade da infração.

Reafirma que, “*sem apresentar todos os documentos pertinentes*”, sem a apresentação das chaves das notas fiscais, foram tolhidos o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, nos termos do art. 142 do CTN, artigos 114, 142 do CTN e art. 18, II, IV, “a” do RPAF/BA, devendo ser julgado nulo da mesma forma que decidido nos Acórdãos JJF 2027/2000 e CJF Nº 0384-12/2002.

No mérito, quanto ao suposto erro na adoção da alíquota, do produto *Leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó*, alega que o art. 268, XXV e XXIX do RICMS/2012 só permitia no período fiscalizado a redução da base de cálculo para o leite em pó, longa vida e composto lácteo produzido no Estado, *que é o caso dos itens* LEITE INT; LEITE DESN I; LEITE PÓ DESN; COMPOSTO LÁCTEO; LEITE SABE SEM e demais produtos semelhantes que foram autuados.

Argumenta que a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária diferenciada nas operações interestaduais, viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152 da Carta Magna que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “*estabelecer*

limitações de tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público”.

Transcreve texto de doutrinadores acerca da matéria, que resulta na criação de um 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% e 18%, enquanto o produtor local tem sua taxaçaõ reduzida a 7%.

Afirma ser necessário responder essas questões para solução da lide: i) se é lícito aos Estados estabelecer diferença tributária entre bens, em razão de sua procedência e ii) e validade da regra estabelecida pelo Dec. 7.826/2000.

Argumenta que diante do tratamento diferenciado da tributação de leite produzido no Estado e originários de outros Estados, foi apreciada pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia em casos semelhantes e a 2ª Vara da Fazenda Pública julgou procedente a Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001/2014, promovida pelo Wal Mart Brasil Ltda., cuja sentença foi confirmada pelo TJBA e do mesmo modo, a 11ª Vara da Fazenda nos autos dos Embargos à Execução Fiscal 0346138-46.2014.8.05.0001, decidiu pela impossibilidade da diferenciação de alíquota relativamente ao leite longa vida, o que se aplica ao presente caso, cujas ementas transcreveu às fls. 23/25.

E que no mesmo sentido se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP, Apelação/Reexame Necessário nº 00374807820118260114/2014 10ª Câmara de Direito Público; TJ-SP, Apelação / Reexame Necessário: 06023402520088260053/2013, 10ª Câmara de Direito Público).

Também já foi decidida pelo Superior Tribunal Federal (STF) pela inconstitucionalidade do tratamento diferenciado para as operações internas e interestaduais para o mesmo produto (STF, ADI 3389 MC/2006).

Conclui que a situação denota desobediência a hierarquia das normas legais vigentes e aos princípios basilares do direito e caso a demanda ultrapasse a esfera administrativa, o Estado será agravado com a sucumbência, visto que o RICMS é um diploma legal estadual que não pode se sobrepor ou conflitar com a Constituição Federal (art. 150, V, e art. 152) e o instituído pelo Dec. 7.826/2000 que reduziu a base de cálculo para a saída de leite produzido no Estado de forma que a carga tributária corresponda a 7%.

Ressalta que diante da repercussão gerada, os artigos pertinentes à presente discussão foram revogados a partir de 01/02/2017, porém as ocorrências da notificação fiscal refere-se ao “período de setembro a dezembro de 2015 e janeiro a dezembro de 2016”, razão pela qual os fatos geradores autuados estavam acobertados pelo benefício da redução de base de cálculo e o benefício concedido leite em pó e aos compostos lácteos produzido neste Estado (da Bahia) deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário.

Requer que o auto de infração seja julgado improcedente.

Com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal, afirma que não se tratando de flagrante intuito de fraude, não se justifica a aplicação de multa exorbitante em violação ao princípio do não-confisco.

Discorre sobre a dosimetria das penalidades e entendimento nos julgamentos administrativos e judiciais a exemplo de apreciação da matéria por doutrinadores e redução promovida pelo Poder Judiciário para percentuais entre 20% e 30% (STF: RE 91.707/MG/1980 e RE 81.550/MG; ADI 1075; ADI 551; AI 482.281 AgR/2009; RE 523.471 AgR/2010; TJRN, 1ª Câmara Cível, AC 2006.005459-9/2010; TJRN. AC 2007.000633-3. 2ª C. Cível/2008 e TJRN. AC 2007.007015-6/2008).

Diante da multa aplicada de modo desproporcional requer a improcedência da autuação e subsidiariamente, que a multa seja reduzida para um patamar razoável (entre 20% e 30%).

Por fim, solicita levar em consideração o benefício da dúvida previsto no art. 112 do CTN que diante da dúvida, a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte, como tem decidido os Tribunais Superiores (STF, RE nº. 90.143/1979 e STJ no RESP 38.997-SP/1995).

Conclui requerendo a declaração de nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, sucessivamente pede, se não acolhida, seja reduzida ou afastada a multa aplicada, bem como a interpretação da norma jurídica da forma mais favorável à impugnante (art. 112 do CTN).

O autuante na informação fiscal presta às fls. 67 a 68, inicialmente discorre sobre a infração e argumentos defensivos que passou a analisar.

Quanto a nulidade suscitada sob alegação da não apresentação dos documentos comprobatórios da infração e a ausência da identificação dos cupons fiscais, contesta que não representam a realidade visto que no caso em apreço, a totalidade da infração está representada nas operações de saída, realizadas através de ECF's, Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica (NFC-e) e Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) conforme demonstrativo analítico e sintético gravado na mídia de fl. 06, inclusive com as chaves de acesso, que foram fornecidas ao estabelecimento autuado (fl. 7).

Frisa que a auditoria foi realizada com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD) da sociedade empresarial, que contém todas as operações de entrada e saída de mercadorias, por produto, e cujos dados e valores das operações estão contidas na mídia de fl. 06.

Com relação ao argumento de que a redução da carga tributária para 7% nas operações internas com compostos lácteos, leite em pó e longa vida, somente aplicável aos produzidos no Estado da Bahia, fere o princípio da isonomia e inconstitucionalidade da norma aplicada, afirma que não se aplica ao contencioso tributário na esfera administrativa.

Requer que o auto de infração seja julgado procedente.

Na assentada do julgamento em 14/04/2022 a patrona do estabelecimento autuado alegou que com base em parecer da PGE/PROFIS foi acolhido o opinativo de reconhecimento da inconstitucionalidade da norma que diferenciava a carga tributária entre o leite produzido no Estado da Bahia e o originário de outro Estado, conforme Acórdão CJF 0293-11/21.

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade suscitada sob alegação de que a planilha que dá suporte à autuação não indica os cupons fiscais, dificultando o contraditório, o direito de defesa e o devido processo legal, sob alegação de que os demonstrativos apresentados não possibilitaram o exercício do direito de defesa.

Verifico que conforme esclarecido pela fiscalização, o demonstrativo gravado na mídia de fl. 6, cujos arquivos foram fornecidos ao autuado mediante intimação pelo Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), conforme documento de fl. 7, relacionam: Nota Fiscal de Venda a Consumidor Eletrônica (NFC-e) e Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), coletada na Escrituração Fiscal Digital (EFD) da sociedade empresarial, que contém todas as operações de entrada e saída de mercadorias, por produto, e cujos dados e valores das operações estão contidos na mídia de fl. 06.

Pelo exposto, o levantamento fiscal indica a coleta de dados na escrituração EFD do estabelecimento autuado, que ao contrário do que foi alegado, possibilitou exercer o seu direito de defesa, como o fez, indicando produtos que são contemplados com redução da base de cálculo, ao contrário do que entendeu a fiscalização.

Assim sendo, não deve prosperar as alegações de preterição ao direito de defesa, e fica rejeitada a nulidade suscitada.

Com relação ao pedido de diligência formulado de forma genérica ao fim da defesa, observo que a questão processual é material, com definição quantitativa do valor exigido mediante diferença entre a alíquota aplicada pela empresa e pela fiscalização, motivo pelo qual, nego provimento ao com base no art. 147, I, "a" do RPAF/BA.

No mérito, quanto à acusação de erro na aplicação de alíquota, o defendente alegou que em relação aos produtos *Leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó*, o Estado da Bahia

não pode estabelecer carga tributária diferenciada em função da origem da mercadoria de outro Estado.

No que se refere aos produtos *Leite longa vida, composto lácteo e leite em pó*, observo que o art. 268, XXV (Dec. 16.151/2015, efeitos de 16/06/2015 a 31/01/2017) e XXIX (Dec. 17.304/2016, efeitos até 31/01/2017) do RICMS/2012, vigente no período fiscalizado (2015/2016), estabelecia redução da base de cálculo para os produtos produzidos no Estado, *de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%*.

Referente à alegação de inconstitucionalidade da legislação do Estado ao estabelecer tributação diferenciada na comercialização de leite adquirido no Estado e de fora do Estado, observo que conforme disposto no art. 155, II da CF 88, compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias (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, sendo que nos termos do disposto no inciso XII, “g”, as alíquotas internas nas operações relativas à circulação de mercadorias não podem ser inferiores às previstas para as operações interestaduais.

Por sua vez, o Plenário do STF decidiu que 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).

Portanto, a redução de base de cálculo em 58,825% estabelecida no Dec. 7.826/00 para comercialização do leite e composto lácteo produzido no Estado, equipara a 7% prevista para as operações de aquisição de leite nos Estados localizados na região Sul e Sudeste, não conflita com a regra constitucional.

Além do mais, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Ademais, a alíquota reduzida para o leite fabricado no Estado da Bahia, não agride em nada o princípio que veda a discriminação em função da origem/destino (art. 152 da CF/88), pois não tece preferência em relação a qualquer Unidade Federativa em detrimento de outras. Trata-se pura e simplesmente de uma norma tributária que estabelece uma renúncia fiscal atrelada ao fomento da atividade econômica, ou melhor, à produção local da mercadoria em comento.

Quanto à alegação apresentada em sustentação oral de que no Acórdão CJF 0293-11/21, foi reformada a decisão de julgamento da procedência relativa à mesma matéria, observo que se trata de uma decisão isolada, visto que na apreciação do Recurso Voluntário relativo ao AI 281424.0007/20-6, e Acórdão JJF 0118-03/21, a mesma 1ª CJF, em 14/04/2022, manteve a exigência fiscal relativa à tributação de leite em pó com aplicação indevida da redução de base de cálculo, conforme parte transcrita abaixo do voto:

Tal distinção é plenamente legítima aos olhos do legislador constituinte, já que não traz embutido qualquer tratamento diferenciado, desprovido de motivos, ou de objetivos. A diferenciação vedada pelo art. 152 da CF/88 é aquela que tem a ver meramente com a origem ou o destino da mercadoria, sem motivação para tal, mas não veda, e nem poderia fazê-lo, a criação de regras que objetivem realizar os valores constitucionalmente protegidos, tais como o desenvolvimento da atividade econômica, a descentralização regional da estrutura econômica, a geração de emprego e renda e outros.

De fato, em obra de prestígio no mundo jurídico (Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade), o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta a tese de que a discriminação levada a termo na norma jurídica somente se legitima na medida em que o *fator de discrimen*, eleito pelo legislador, revele uma relação de pertinência lógica entre o seu efeito e um determinado valor social albergado pela Constituição Federal, conforme trecho da obra citada, abaixo reproduzido.

“O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele.

... Com efeito, há espontâneo e até inconsciente reconhecimento da juridicidade de uma norma diferenciadora quando é perceptível a congruência entre a distinção de regimes estabelecida e a desigualdade de situações correspondentes.

De revés, ocorre imediata e intuitiva rejeição de validade à regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado (Mello, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo, Editora Malheiros, 2003, p. 37)”

Como se vê, não é vedado estabelecer tratamento diferenciado. Aliás, a isso se resume o papel da norma jurídica, que nada mais faz do que colher dentre os fatos da realidade, aqueles que devem ser tratados de forma distinta dos demais, exigindo-se apenas que tal distinção conduza a resultados que não traduzam injustiças tomadas em face dos valores albergados pela Carta Magna.

É o caso em exame, pois a norma constitucional que veda a discriminação em função da origem/destino, se constitui em regra que tutela o princípio federativo, impedindo que Unidades Federadas possam exercer qualquer preferência de um Estado em detrimento de outros. Não impede, todavia, que sejam editadas regras incentivadoras de investimentos, financiados com a renúncia de recursos que se destinariam aos seus cidadãos.

Por isso, entendo que não merece acolhida tal argumento empresarial.

Além disso, a tentativa de alargar o alcance do texto normativo citado, não se compatibiliza com o disposto no inciso II do art. 111 do CTN, o qual impõe a interpretação restritiva de norma que outorga isenção, conforme abaixo:

“Art. 111. Interpreta - se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

...

II – outorga de isenção;

...”

Assim, como o leite comercializado pela autuada não foi fabricado no Estado da Bahia, não pode, por óbvio, desfrutar do benefício fiscal então previsto no art. 268, inciso XXIX do RICMS/12, abaixo reproduzido:

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

...

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);

...”

Essa é a jurisprudência deste CONSEF.

Da mesma forma, na apreciação do Recurso Voluntário relativo ao AI 281424.0014/19-9, contra a decisão contida no Acórdão JF 0158/04-20, a mesma 1ª CJF, em 18/04/2022, manteve a exigência fiscal relativo à tributação de leite em pó com aplicação indevida da redução de base de cálculo.

Portanto, não se trata de decisão que produza uma jurisprudência desse Conselho de Fazenda Estadual.

Também as decisões judiciais colacionadas aos autos não vinculam a Fazenda Pública Estadual, nem nega aplicabilidade da legislação tributária do Estado vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, como decidido na segunda instância deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF 0168-12/17 e CJF 0191-12/17, que manteve a exigência julgada procedente na 1ª instância.

Portanto, em se tratando de comercialização de leite e compostos lácteos adquiridos em outros Estados (LEITE INT; LEITE DESN I; LEITE PÓ DESN; COMPOSTO LÁCTEO e LEITE SABE SEM), fica mantida a exigência integral relativa a estes produtos.

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.

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.

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

VOTO EM SEPARADO

A despeito de concordarmos com vários aspectos explorados no brilhante voto da i. Relatoria, ao qual adiro à conclusão ali escolhida, qual seja, a de considerar totalmente procedente a cobrança estatal, preferimos traçar uma outra linha de fundamentação fulcral para deslindar o processo.

Em primeiro lugar, registre-se que sobre a arguição de nulidade do processo em face da inexistência da indicação das chaves de acesso dos documentos fiscais, adotamos na íntegra as razões de decidir da i. Relatoria.

Quanto ao mérito, por sua vez, diga-se que a matéria agitada nos autos é essencialmente de direito, sem haver necessidade de perpassar pela análise dos fatos relacionados à irregularidade.

Daí ser completamente desnecessário estender a instrução com o fito de autorizar diligência ou perícia técnica para aferição de quaisquer provas, de modo que fica indeferido o pedido empresarial neste sentido.

O presente auto de infração, exige ICMS pela circunstância do contribuinte ter utilizado indevidamente o benefício da redução de base de cálculo nas operações com leite produzido fora do território baiano, visto que isto só seria possível se o leite fosse fabricado dentro do Estado da Bahia.

A impugnação veio no sentido de entender que o referido incentivo deveria ser **alargado** para tais operações, porque do contrário, com o ato discriminatório, estar-se-ia violando o princípio constitucional tributário da não diferenciação tributária, em face da procedência da origem ou do destino de bens e serviços, insculpido no art. 152, a saber:

“É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.”

Como sustentação jurídica à oposição empresarial, quer por escrito, quer nas sustentações orais, foram referenciadas as ADIns 3389 e 4152.

Na primeira, reconheceu-se como inconstitucional o ato normativo do Poder Executivo carioca (Dec. 35528/2004), criador de estímulo fiscal condicionado à origem da industrialização de café, exatamente pelo fato de afrontar o princípio constitucional atrás transcrito.

Na segunda, declarou-se inconstitucionais os atos normativos do Poder Executivo paulista (Dec. 52371/2007 e 52824/2008), que instituíram unilateralmente benefícios fiscais, sem passar pelo crivo do órgão normativo competente – o Confaz.

Conquanto as matérias enfrentadas nas ditas ações diretas de inconstitucionalidade guardem correlação com a discussão travada no presente PAF, **não há como aplicar os efeitos das suas decisões a dispositivos da legislação estadual baiana**, quais sejam, os incisos XXV e XXIX do art. 268 do RICMS-BA, ainda que decorram de iniciativa autônoma da Bahia, de estabelecer um incentivo tributário que discrimine a origem da mercadoria.

Faz-se imprescindível que deva se mover uma ação direta de inconstitucionalidade, visando retirar do ordenamento jurídico – porque inconstitucionais – os incisos referidos. E ao que consta nos autos, inexistente iniciativa processual tomada neste sentido.

Apesar de ter efeito *erga omnes*, a decisão tomada em sede de ação direta de inconstitucionalidade só tem força para afastar da aplicabilidade os comandos normativos impugnados, salvo se por arrastamento, alguma outra norma explicitamente for também considerada como inconstitucional.

Clara é a boa doutrina a respeito do tema, extraída da dissertação da autoria de André Dias Fernandes, defendida perante a Universidade Federal do Ceará, acessível pelo link https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12513/1/2007_dis_adfernandes.pdf :

Como o pedido na ADIn e na ADC cinge-se à declaração de (in)constitucionalidade da norma objeto da ação, **o que fará coisa julgada erga omnes será tão-somente a declaração de (in)constitucionalidade da norma objeto da ADIn ou da ADC.** A consequente nulidade da norma declarada inconstitucional não precisa constar expressamente do dispositivo, pois é efeito natural da própria inconstitucionalidade,

igualmente coberto pela autoridade da coisa julgada. Nos casos extraordinários em que há declaração de inconstitucionalidade, mas não há nulidade da norma ou em que a nulidade tem seus efeitos limitados pelo STF, tais circunstâncias, em razão de sua própria excepcionalidade, precisam constar expressamente do dispositivo do acórdão (destacamos).

Portanto, tanto na decisão definitiva proferida na Adin 3389, tanto na decisão tomada na Adin 4152, não há referência de que os dispositivos mencionados do RICMS-BA tenham sido também considerados inconstitucionais.

Neste prumo, é de se rejeitar este argumento jurídico defensivo.

Mesmo que por suposição, fossem tidos como contrários à CF/88 os incisos do regulamento baiano multirreferidos, ainda assim, as consequências jurídicas seriam outras.

Esta última afirmativa vem corroborada no resultado extraído da decisão plenária do TJ-BA, em sede de arguição de incidente de inconstitucionalidade (proc. 0004802-36.2017.8.05.0000), comentado durante os debates processuais agitados neste PAF.

Em verdade, naquela oportunidade o Tribunal de Justiça da Bahia, ao entender como **inconstitucional** o inciso XXIX do art. 268 regulamentar - o que trata de redução de base impositiva para leite “longa vida” fabricado em território baiano -, **rejeitou** a possibilidade da aplicação do benefício.

Mas tal posicionamento não fez com que as operações envolvendo leite “longa vida” produzido fora da Bahia pudessem contar com o mesmo benefício. E, em verdade, em última análise, é isto o que deseja o sujeito passivo neste processo, contrapondo-se ao objeto da autuação.

Veja-se a ementa:

Tribunal Pleno

PUBLICAÇÃO DE ACÓRDÃOS

PROCESSOS JULGADOS NA SESSÃO DE 29 de Maio de 2019

[0004802-36.2017.8.05.0000](#) Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade

Comarca: Salvador

Requerente: [companhia Brasileira de Distribuição](#)

Advogado: [Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco Soares](#) (OAB: 36.530/BA)

Requerido: [Estado da Bahia](#)

Procurador do Estado: [Maria Helena Peregrino de Carvalho](#)

Procurador do Estado: [Jorge Salomão Oliveira dos Santos](#)

Advogado: [Guilherme Pereira das Neves](#) (OAB: 52160/BA)

Advogado: [Felipe Nascimento Ferreira](#) (OAB: 51445/BA)

Advogado: [Marcelle Lima Medeiros](#) (OAB: 27871/BA)

Relator: [Gardenia Pereira Duarte](#)

Decisão: “PROCEDENTE, À UNANIMIDADE”.

Ementa:

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO EM RAZÃO DA PROCEDÊNCIA OU DESTINO DOS BENS. ART. 87, INC. XXXV, DO DECRETO ESTADUAL Nº 6.284/1997. LEITE LONGA VIDA. OFENSA AOS ARTS. 152 E 155, § 2º, INCISO XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. BENEFÍCIO ESTIPULADO SEM AMPARO EM CONVÊNIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF. INCIDENTE JULGADO PROCEDENTE.

I - A Constituição Federal atribui aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS, nos termos do art. 155, inciso II.

II - Por outro lado, a mesma Constituição Federal limita o poder de tributação dos Estados, Distrito Federal e Municípios, instituindo, dentre muitos princípios, o da Não Diferenciação Tributária, previsto no art. 152.

III - O inciso XXXV, do art. 87, do Decreto Estadual nº 6.284/1997, ao estabelecer benefício de redução da base de cálculo do ICMS do **leite longa vida** restrito apenas às operações internas de mercadoria produzida no [Estado da Bahia](#), afronta os arts. 152 e 155, § 2º, XII, g, da CF/88.

Precedentes do STF e deste Tribunal de Justiça (destacamos).

Em sintonia com o entendimento ora esposado, é importante trazer à tona trechos do voto prolatado pelo TJ-BA (reproduzido no Ac. CJP 0293-11/21), no agravo de instrumento nº 80277141720198050000, a propósito de conferir a melhor interpretação ao decidido no incidente de inconstitucionalidade mencionado:

Portanto, o fato de ter sido reconhecida a inconstitucionalidade do dispositivo da Legislação Tributária Estadual, que prevê a redução da base de cálculo mencionada linhas acima, **não pode dar guarida a extensão do benefício para operações com leite produzido em outros Estados, mas sim extirpá-lo do ordenamento jurídico** (destacamos).

Em síntese: a decisão tomada pelo Pleno do TJ da Bahia labora **em favor** da exigência fiscal, que está a inadmitir, seja a redução da base impositiva aplicada para operações mercantis englobando leite fabricado fora do Estado da Bahia.

Também por este veio argumentativo não pode prosperar a impugnação.

Os demais precedentes judiciais não se prestam para derrubar a exigência fiscal, seja porque traduzem decisões isoladas, irresistíveis aos efeitos da decisão prolatada no incidente de inconstitucionalidade atrás estudado, seja porque aludem a dispositivos normativos de outros Entes Federativos.

Pelo exposto, corroborando com o posicionamento externado pela i. Relatoria, vamos no mesmo sentido de considerar **procedente** o presente auto de infração, calcados principalmente nos fundamentos atrás desenvolvidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278868.0010/20-2**, lavrado contra **BOMPREGO DA BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 24.515,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR/VOTO SEPARADO