

PROCESSO - A. I. Nº 278868.0010/20-2
RECORRENTE - BOMPREGO DA BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0071-05/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0187-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra à Decisão recorrida que julgou Procedente 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 apresentou a defesa às fls. 09 a 31. O autuante na informação fiscal prestada às fls. 67 a 68.

Na decisão de piso tem o seguinte voto condutor:

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 CJP 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 JJP 0118-03/21, a mesma 1ª CJP, 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 JJF 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. CJF 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.*

O patrono da recorrente (Dr. Fernando de Oliveira Lima – OAB/PE nº 25.227) apresenta Recurso Voluntário onde tece as mesmas razões reiterativas da peça defensiva, que se segue:

Relata quanto à tempestividade, discorre em relação aos fatos da autuação, onde reproduz a ementa da 5ª JF.

Volta a alegar que os **produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17% e o produto leite longa vida, leite em pó e composto lácteo**. Disse que o Estado da Bahia não poderia aplicar tributação diferenciada na comercialização de leite produzido no Estado e adquirido em outros estados.

Destaca que não se trata, absolutamente, que este Conselho analise a constitucionalidade da

norma baiana, mas tão somente, que se reconheça, a partir dos argumentos postos que as normas trazidas são incompatíveis entre si (antinomia). Acosta julgado do CONSEF (PAF nº 281424.0001/19-4), reproduz o inciso XXV revogado, assim como, a redação nova do art. 268, onde afirma que o Estado da Bahia acaba se beneficiando da própria torpeza ao garantir as autuações referentes aos fatos geradores até 31/01/2017, mas evitando ações judiciais que venham a discutir sua inconstitucionalidade para impedir a sucumbência.

Pontua que é vedado estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino (art. 152 da CF/1988), e, dizer que não há quebra de isonomia em razão do que consta no art. 37 e 38, § 2º da Lei nº 7.014/96 é pura teratologia haja vista que o ordenamento jurídico pátrio é uno e oponível a todos, conforme dispõe a CF.

Traz à baila da discussão **sentenças do judiciário** que acolheram a tese recursal (*em 29/09/2015 pela MM Juíza da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador que, apreciando os Embargos à Execução 0346138-46.2014.8.05.0001; em 25/08/2014 o MM Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador julgou procedente a Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, promovida pelo Wal Mart Brasil Ltda.*), além de **decisão do TJ-BA** (Apelação nº 0375591-23.2013.8.05.0001, Quarta Câmara Cível, Relator Desembargador Emílio Salomão, publicado em 12.10.2016), **do TJ-SP** (Apelação / Reexame Necessário nº 00374807820118260114, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 08/09/2014, publicado em 10/09/2014) e **do STF** (STF, ADI 3389 MC, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2006, DJ 23-06-2006 PP-00003 EMENT VOL-02238-01 PP-00068 RTJ VOL-00200-01 PP-00064 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 61-69 RT v. 95, n. 853, 2006, p. 125-129).

Reproduz a aplicabilidade do art. 152 da CF/88, que relata a vedação da distinção tributária. Cita lição de Prof. Pinto Ferreira, roga para o princípio da isonomia consagrado no art. 5º e 150, II da CF/88, comentário do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. E postula que 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 taxação reduzida a 7%. Por fim, pede pela improcedência da infração.

Defende em relação a **exorbitância da multa aplicada**, sendo que afirma ter caráter confiscatório, não poderia ser apreciado, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/99. Roga para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no sentido de afastar a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: “(i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco”.

Constatou que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV da CF. Junta julgados do STF (RE 91707 / MG. Segunda Turma: Min. Moreira Alves. DJ. 29.02.1980, p. 00975), onde reduziu multa imposta no patamar de 100% para 30%. Reproduz o acórdão proferido pela Corte Excelsa na ADI 1075 que o STF explicitou o fundamento da aplicação da de tal princípio às penalidades pecuniárias. Transcreve outros julgados de mesma analogia de redução e cancelamento. Requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável.

Impugna quanto ao **in dubio pro contribuinte**. Pede pela consideração do benefício da dúvida (art. 112 do CTN). Junta julgados dos Tribunais Superiores.

Finaliza requerendo pelo reconhecimento da nulidade/improcedência do Auto de Infração e, caso não seja aceito, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, como também requer a aplicação do art. 112 do CTN.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, Dra. Lilian Maciel Torres – OAB/PE nº 50.743,

que exerceu o direito da falta para defender o contribuinte.

O conselheiro Eduardo Ramos de Santana declarou impedimento por ter participado da sessão de primeiro grau.

É o relatório.

VOTO

O Recurso Voluntário apresentado no sentido de modificar a decisão recorrida que julgou pela Procedência do Auto de Infração lavrado por recolhimento a menor em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, sendo autuado nos meses de julho a dezembro de 2016, no valor de R\$ 24.515,20. A peça recursal está devidamente tempestiva conforme os regulamentos processuais.

A Junta julgadora proferiu pela manutenção da autuação, tendo voto do relator e, voto em separado de um dos julgadores como complemento da fundamentação, nos quais os mesmos palpam com a mesma decisão (Procedente). Explica que deste colegiado de piso foi vasta, tendo indicação de jurisprudência deste Conselho de Fazenda (Acórdãos nºs 0293-11/21-VD, 0118-03/21-VD, 0158-04/20-VD, 0168-12/17 e 0191-12/17), além de jurisprudências de tribunais superiores que rebatem as colações decisórias do contribuinte. Especificamente os votos se posicionaram de que os produtos autuados produzidos dentro do estado teriam direito à redução do benefício com alíquota reduzida e, os que fizeram industrialização fora do estado não se aplicaria a referida redução.

Os patronos do recorrente apresentaram as mesmas razões da peça defensiva onde alegaram que: **a)** os produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17% e o produto leite longa vida, leite em pó e composto lácteo, o Estado da Bahia não poderia aplicar tributação diferenciada na comercialização de leite produzido no Estado e adquirido em outros estados; **b)** a exorbitância da multa aplicada, tem caráter confiscatório, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/99 e roga para aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no sentido de afastar a possibilidade de aplicação em tal patamar; **c)** roga para o princípio *in dubio pro contribuinte*, com a aplicação do art. 112 do CTN.

Nas minhas análises, não vejo como concordar com as alegações proferidas pelos advogados da recorrente. Nas alegações de que “...o Estado da Bahia não poderia aplicar tributação diferenciada na comercialização de leite produzido no Estado e adquirido em outros estados”, não concordo, pois, a autuação apurada estabelece redução da base de cálculo para os produtos produzidos no Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (Decretos nºs 16.151/2015, efeitos de 16/06/2015 a 31/01/2017 e 17.304/2016, efeitos até 31/01/2017), conforme o art. 268, incisos XXV e XXIX do RICMS/2012.

Além do mais, a redução da alíquota para o leite fabricado dentro deste Estado, não agride princípios, normas, discriminação, nem origem e nem destino, pois não tece preferência ou diferenciação em relação a qualquer Unidade Federativa em detrimento de outras, portanto, o que estamos vendo aqui é uma norma tributária que estabelece uma renúncia fiscal atrelada ao fomento da atividade econômica, ou melhor, à produção local da mercadoria em comento, sendo incentivada a indústria baiana.

Assim, os produtos produzidos fora do estado não se beneficia sobre a renúncia fiscal determinada pela legislação baiana, por terem a industrialização feita em outra unidade federada, portanto, fica mantida a exigência integral relativa a estes produtos.

O voto em separado proferido traz detalhe da pertinência feita pelo relator de piso, mostrando que já existem vastas decisões superiores a favor do Estado.

Quanto à alegação da multa confiscatória, não vejo como acolher a redução no patamar indicado pelas jurisprudências pátrias superiores, pois o percentual está devidamente enquadrado,

conforme a legislação baiana, não ultrapassa os limites indicados e, não temos competência para a devida declaração de inconstitucionalidade tampouco exercer controle de constitucionalidade ou negar eficácia às normas emanadas de autoridade superior, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/99.

Também não vejo inconstitucionalidade sendo aplicada, pois como bem dito pelo voto do relator o 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”.

Para a alegação do princípio *in dubio pro contribuinte*, com a aplicação do art. 112 do CTN. Afirmo que não há dúvida que possa favorecer para o contribuinte, pois os autos está devidamente correto, seja líquido e certo a autuação.

Mantenho a decisão recorrida e, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO EM SEPARADO

Peço licença ao Ilustre Relator e aos demais colegas para sinalizar que este tema, a meu sentir, ainda se encontra em ebulição e pode merecer revisão de entendimentos. Para uma síntese mais profunda, sinalizo o voto proferido pelo Conselheiro Anderson Ítalo Pereira, quando do julgamento, em 18/05/2022, do Auto de Infração nº 281424.0009/19-5 (a envolver a mesma contribuinte e a mesma discussão).

A própria PGE/PROFIS (em parecer datado de 22/02/2022, oferecido nos autos do PAF em que examina o Auto de Infração nº 281424.0006/19-6, Processo PGE nº 2022012082-0, a envolver o mesmo Sujeito Passivo e a mesma discussão em torno de “leite longa vida”), concluiu pela “improcedência do auto de infração nesse item” dada a inconstitucionalidade da cobrança, e com apelo ao dever de eliminar ou reduzir a litigiosidade e matérias cuja discussão se encontra sedimentada em desfavor do Estado.

Esse feito acima referido foi objeto de nova consulta à PGE/PROFIS, e encontra-se em discussão.

Por ora, o meu posicionamento trilha o caminho daquele voto proferido pela Conselheira Laís de Carvalho Silva, acolhido à unanimidade, e proferido no Acórdão CJP Nº 0061-11/18, j. em 20/03/2018, envolvendo o mesmo Interessado e a mesma matéria, pelo que peço vênha para a breve transcrição:

[...]

No pertinente a infração 1, a mesma remanesceu tão somente em relação ao produto “leite longa vida”, uma vez que a autuação entende ser aplicável nas saídas internas a alíquota de 17%, e não de 7% como deseja o recorrente.

O Recorrente defende tratar-se de hipótese de redução da base de cálculo, prevista no art. 268, inciso XXIX do RICMS/12 (vigente à época dos fatos geradores). Vejamos o disposto na norma, grifado por esta relatora:

“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);

...”

Conforme observado de forma clara na norma em apreço, o benefício fiscal exige o requisito de que o leite tenha sido fabricado no Estado da Bahia.

O Recorrente, todavia, defende que tal redução deve ser aplicada também nas operações relativas ao “leite longa vida” produzidos em outros estados da federação, sendo tal condicionante (redução apenas para os

produtos fabricados no Estado da Bahia) uma afronta ao Princípio Constitucional da “vedação ao estabelecimento de diferença tributária entre bens, em razão da procedência ou do seu destino”.

Saliento que, em conformidade com o disposto no art. 167, incisos I e III do RPAF/99, não se inclui na competência desse colegiado a apreciação de alegação de inconstitucionalidade da norma, sendo-lhe vedado negar aplicação a ato normativo (de qualquer natureza) emanado de autoridade superior. É o que se observa do artigo supramencionado abaixo colacionado, por mim grifado:

“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.”.

Reforça tal entendimento o fato de que o Plenário do TJBA, ao examinar o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade (Processo nº 0004802-36.2017.8.05.0000) concluiu em 29/05/2019 pela incompatibilidade da legislação baiana para com o texto da Constituição Federal, e pela inviabilidade de extensão do benefício (que é incompatível com a Constituição Federal) para contribuintes que não atendiam ao critério de *discrímen* (qual seja, adquirir as mercadorias oriundas de produtores baianos).

Até aqui, meu posicionamento (que, admito, ainda não se encontra inteiramente consolidado) se alinha com o resultado do voto do Relator. Entretanto, e com isso eu peço licença para registrar discreta distância de fundamentação, não posso acompanhar Sua Excelência quando assenta que as unidades da federação titulares da competência para instituir e cobrar o ICMS podem, a seu talante e sem nada mais, editar unilateralmente *“norma tributária que estabelece uma renúncia fiscal atrelada ao fomento da atividade econômica”*.

Como todos sabemos, o comando dos artigos 150, § 6º, combinado com o que dispõe o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g” (todos da Constituição Federal), e mais as disposições da Lei Complementar nº 24/75, fazem com a que a edição de normas exonerativas – inclusive a redução de base de cálculo – um ato complexo.

Ao julgar o Tema 299 (Recurso Extraordinário nº 635.688), o Tribunal Pleno do STF assentou em 16/10/2014 a seguinte Tese: *“A redução da base de cálculo de ICMS equivale à isenção parcial, o que acarreta a anulação proporcional de crédito relativo às operações anteriores, salvo disposição em lei estadual em sentido contrário”* (grifou-se).

Também ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4152, em 01/06/2011, assentou o Pretório Excelso (grifou-se):

EMENTAS: 1. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. **2. INCONSTITUCIONALIDADE.** Ação direta. Decreto nº 52.381/2007, do Estado de São Paulo. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais. Redução de base de cálculo e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada “guerra fiscal”. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra “g”, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. **Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ.** (ADI 4152, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-181 DIVULG 20-09-2011 PUBLIC 21-09-2011 EMENT VOL-02591-01 PP-00050)

Logo, minhas conclusões sobre a matéria estão em que, diante da ausência de competência deste CONSEF para se manifestar sobre inconstitucionalidade e para deixar de aplicar ato (em vigor) emanado de autoridade administrativa hierarquicamente superior, com as minhas ressalvas pessoais sobre a matéria (a exemplo daquilo que registrei com uma “inconstitucionalidade chapada”, em sentido oposto ao do Ilustre Relator), deve-se aplicar o que dispõe o RICMS-BA/12, art. 268, XXV (Decreto nº 16.151/2015, efeitos de 16/06/2015 a 31/01/2017), e XXIX (Decreto nº

17.304/2016, efeitos até 31/01/2017) do RICMS/2012, vigente no período fiscalizado (2015/2016).

Com essas considerações, acompanho o Relator e NEGO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278868.0010/20-2**, lavrado contra **BOMPREÇO DA BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 24.515,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de junho de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA – RELATOR

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – VOTO EM SEPARADO

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS