

**PROCESSO** - A. I. Nº 269354.3008/16-8  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - BCI BRASIL CHINA IMPORTADORA E DISTRIBUIDORA S/A.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0033-04/18  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 07/10/2019

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0241-11/19

**EMENTA:** ICMS. IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Autuado comprova inclusão de valores em duplicidade referentes à capatazia. O autuante cometeu equívoco quando da inserção do ICMS na base de cálculo ao incorporar o percentual de 25% e não a alíquota efetiva de 17%, conforme entendimento firmado pela Procuradoria Geral do Estado através de Parecer solicitado por esta Junta de Julgamento Fiscal e Parecer DITRI nº 01587/2012, que em caso semelhante se posicionou no sentido de que havendo redução da base de cálculo a alíquota a ser considerada será a efetiva e não a alíquota cheia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0033-04/18, que por unanimidade, julgou Improcedente o Auto de Infração, lavrado em 26/09/2016, para exigir ICMS no valor histórico de R\$120.930,94, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento de uma única infração, abaixo descrita:

*INFRAÇÃO 01 - “Recolhimento a menor do ICMS Normal e Substituição Tributária quando do desembaraço aduaneiro do óleo diesel constante nas Declarações de Importação emitidas no 1º semestre de 2015: DIs: 150522861-3/150522861-3/150522929-6/150923969-5/150924100-2/15105446-2, conforme Demonstrativo de Débito anexo ao presente PAF e explicações constantes no Relatório de Fiscalização.”*

Após impugnação apresentada pelo autuado (fls. 25 a 76) e informação fiscal prestada pelo ilustre Auditor (fls. 79 a 83), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos em diligência para a ASTEC (fls. 102 a 113) e posterior apreciação da 4ª JJF que optou pela Improcedência do Auto de Infração nos seguintes termos:

### VOTO

*Preliminarmente, reclama o sujeito passivo que é nula a presente autuação, sob o argumento de que o procedimento da fiscalização ultrapassou o prazo de 90 dias para a sua conclusão, determinado pelo artigo 28, § 1º do Decreto nº 7.629/1999 – RPAF BA, por entender que o referido prazo começa a fluir na data de início da fiscalização, que é estipulada pela Ordem de Serviço, emitida em 01/01/2016.*

*Explica que a fiscalização foi iniciada tão somente em 23/09/2016, e neste caso o fiscal não tinha poderes para tanto, já que a Ordem de Serviço nº 500244/2016 havia vencido em 4/04/2016.*

*De fato observo que a Ordem de Serviço foi emitida em 01/01/2016. Isto porém não significa que a fiscalização deveria ser iniciada naquela data, pois a Ordem de Serviço é um controle administrativo, sem prazo determinado de conclusão.*

*Por outro lado vejo que o procedimento fiscal somente se iniciou em 23/09/2016, oportunidade em que o contribuinte foi intimado para apresentar os Livros e Documentos Fiscais conforme se verifica através do documento, enviado via DTE- Domicílio Tributário Eletrônico, com data de ciência em 23/09/2016.*

*Assim, o início do procedimento de fiscalização ocorreu em 23/09/2016, e não na data da emissão da ordem de*

*Serviço como arguido pelo sujeito passivo, inclusive com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização lavrado pelo autuante, fl. 08, conforme determinado no inciso I do art. 28 do RPAF/BA.*

*O Auto de Infração foi lavrado em 26/09/2016, portanto, decorridos três dias após a ciência da intimação para apresentação de documentos, enviada ao contribuinte via DTE e expirado o prazo ali concedido.*

*Assim, fica evidenciado que a conclusão do procedimento de fiscalização não ultrapassou o prazo de 90 dias contados a partir do início do procedimento fiscal ocorrido em 23/09/2016, conforme estabelecido no art. 28, § 1º do RPAF/BA, citado pelo sujeito passivo, que a seguir transcrevo:*

*“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

*I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;*

*(...)*

*§ 1º O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso. “*

*Depois, ainda que houvesse esgotado o prazo para conclusão da fiscalização sem prorrogação desse prazo, isso não daria causa à nulidade dos autos; nessa hipótese, o sujeito passivo poderia exercer, sendo o caso, o seu direito à denúncia espontânea, nos termos do art. 28, §1º do RPAF BA, aprovado pelo Decreto Estadual nº 7.629/1999.*

*Ante o exposto, não se vislumbra no presente lançamento fiscal qualquer vício que se possa alegar cerceamento do amplo direito de defesa, nem tampouco, desobediência ao art. 28, § 1º do Decreto nº 7.629/1999 – RPAF BA, razão pela qual afasto a preliminar de nulidade arguida*

*No mérito, o defendente alega incorreção na composição da Base de Cálculo em razão da inclusão da despesa de capatazia já contabilizada no Valor da Importação e não consideração da redução da carga tributária prevista para as operações com óleo diesel, inserida no art. 268, XXII, do Decreto nº 13.780/2012, em razão da inserção do ICMS na sua própria base de cálculo, no percentual de 25%, e não de 17%,.*

*Apresenta para a Declaração de Importação nº 150522861-3 os valores calculados pela empresa e aqueles que diz ser indevido, apurados pela fiscalização, já que houve a inclusão da capatazia em duplicidade.*

*O inciso VI, do caput do art. 17 da Lei nº 7.014/96, estabelece que a base de cálculo do ICMS no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bens importados do exterior, é a soma das seguintes parcelas:*

- a) o valor da mercadoria ou bem constante nos documentos de importação, observado o disposto no art. 18;*
- b) o imposto sobre a importação;*
- c) o imposto sobre produtos industrializados;*
- d) o imposto sobre operações de câmbio;*
- e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração.*

*Já é consolidado o entendimento de que as despesas de CAPATAZIA faz parte das despesas aduaneiras, porém, no caso sob análise as mesmas já se encontravam computadas no Valor Aduaneiro conforme se verifica no campo “Dados Complementares” das Declarações de Importação anexadas às fls. 13 e 16 e demonstrado pelo contribuinte na apresentação da defesa conforme cálculo que a seguir transcrevo:*

*VA = [(Quantidade do produto(litros) x Preço de Compra) x Taxa de Câmbio] + Capatazia*

*Assim, os valores aduaneiros ( Valores da importação) referentes às DI objeto da acusação foram assim obtidos:*

*DI nº 150522861-3.*

*[(2.026.842 x US\$ 0,455) x 3,2518] + R\$12.882,8(capatazia) = R\$ 3.011.735,39*

*DI nº 150522929-6:*

*[(899.372 x US\$ 0,455) x 3,2518] + R\$5.716,49(capatazia) = R\$ 1.336.399,42*

*Assim, conforme se observa no demonstrativo elaborado pela fiscalização à fl. 05, restou comprovado que os*

valores da capatazia foram considerados em duplicidade.

Em relação à metodologia a ser utilizada para apurar a base de cálculo com o ICMS, o autuado alega incorreção pela não consideração da redução da carga tributária prevista para as operações com óleo diesel, prevista no art. 268, XXII, do Decreto nº 13.780/2012, em razão da inserção do ICMS na sua própria base de cálculo, no percentual de 25%, e não de 17%.

Alega que a fiscalização procedeu ao cálculo com base nas seguintes expressões aritméticas:

$BC/0,75 \times 0,68 \times 0,25$ , onde:

BC = Base de cálculo, formada pelo valor da mercadoria acrescido de IPI, PIS, COFINS, Armazenagem, Taxa Siscomex e Capatazia;

0,75 = 1 - alíquota cheia do ICMS (25%)

0,68 = Fator de redução da base de cálculo =  $17/25$

0,25 = alíquota utilizada para determinação do ICMS a recolher

Ao se contrapor aos cálculos efetuados pelo autuante, a impugnante enfatizou ser necessário, para se proceder ao cálculo do ICMS por dentro, encontrar o fator com redução para a inclusão do imposto, para em seguida se calcular corretamente o ICMS, sob pena de desnaturação do benefício fiscal concedido. Dessa forma a metodologia de cálculo deveria adotar as seguintes expressões aritméticas:

$BC/0,83 \times 0,68 \times 0,25$ , onde:

BC = Base de cálculo, formada pelo valor da mercadoria acrescido de IPI, PIS, COFINS, Armazenagem, Taxa Siscomex e Capatazia;

0,83 = 1 - alíquota cheia do ICMS (17)

0,68 = Fator de redução da base de cálculo =  $17/25$

0,25 = alíquota utilizada para determinação do ICMS a recolher

Acrescenta que nesse sentido, inclusive, é o Parecer DITRI nº 01587/2012, emanado por órgão da própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que em caso análogo entendeu que quando houver redução da base de cálculo, a alíquota a ser incorporada à base de cálculo do imposto será a alíquota efetiva, e não a alíquota cheia.

Assevera que no caso analisado pela DITRI a alíquota efetiva da operação correspondia a 8,8% (oito inteiros e oito décimos por cento), em razão de benefício fiscal concedido pelo Estado da Bahia, enquanto que a alíquota plena era de 17% (dezessete por cento). Partindo de tais valores, a Diretoria de Tributação entendeu que, quando da inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, deveria o valor da mercadoria ser dividido por 0,912 (que corresponde a  $1 - 0,088$ ), e não por 0,83 ( $1 - 0,17$ ).

Afirmou ainda que a fórmula adotada no Auto de Infração, com ICMS por dentro à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), não só ignora o benefício estabelecido em lei, como também desborda da real finalidade da norma incentivadora, estando, ademais, em desconformidade com a orientação da própria Secretaria da Fazenda, veiculada através do citado Parecer.

Na informação fiscal, o autuante afirma que os cálculos no Auto de Infração foram efetuados considerando que o Óleo Diesel é tributado nas operações internas à alíquota de 25%.

Sustenta que matematicamente deve-se ir formando a base de cálculo de forma sistemática partindo-se do princípio hierárquico, primeiro: lei (Alíquota de 25%), divide-se os valores por 0,75 e finalmente após obter a base de cálculo com ICMS embutido, aplica-se a redução da base de cálculo, conforme dispõe o art. 268, XXIII, Decreto nº 13.780/2012. Já o contribuinte ao adotar a alíquota de 17% ao invés de 25% na formação da base de cálculo do ICMS, utiliza mais de um benefício fiscal, aplicando mais uma vez a redução da base de cálculo.

Considerando a recente decisão proferida pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia, nos autos da Ação anulatória de nº 0542817-19.2014.8.05.0001, que abordou questão semelhante relacionada à forma de se proceder à inclusão do ICMS na base de cálculo, porém, nas operações de compra de energia elétrica, em operação interestadual que não sofreu a incidência do imposto na origem, conforme trecho abaixo transcritos:

(...) Com a devida vênia, é ilógico o entendimento da JJF, pois, só há uma norma definidora da base de cálculo do ICMS nas operações de fornecimento de energia elétrica, que é aquela contida no art. 80, inciso I, do RICMS, segundo a qual tal operação goza de benefício de redução de 52% e esta norma vale tanto para o cálculo do imposto por dentro quanto para o cálculo do imposto efetivamente devido. Desta forma, como a operação de fornecimento de energia elétrica goza do benefício fiscal de redução da base de cálculo de 52%, se mostra inofensivo, igualmente, que o cálculo do ICMS por dentro, na formação da base originária, deve também ser feito com utilização daquela redução, em absoluta coerência com a interpretação que se dá ao arcabouço normativo que rege a matéria, sob pena de se desservir o intuito legal da concessão do benefício

fiscal. Postas as coisas desta maneira, certo que a redução de 52% deve acontecer inicialmente sobre a base de cálculo primária, se mostrando, portanto, bastante razoável, a tese autoral. Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão autoral para, reconhecendo a legalidade do método de cálculo utilizado por ela para apurar o ICMS sobre energia elétrica permitida para o segmento industrial, que tão somente aplica a redução prevista no art. 80, I, a, do RICMS/BA, na base originária, com posterior inclusão do imposto, anular o lançamento nos moldes do Auto de Infração nº 298574.0006/12-3, em razão do vício material que o inquina (forma de cálculo), devendo o tributo ser devidamente calculado, nos moldes do quanto ora decidido, observando-se a decadência já reconhecida, relativamente ao período de 31/01/2007 a 30/09/2007. Condeno o Estado da Bahia, ainda, ao pagamento das custas processuais adiantadas e nos honorários advocatícios, este no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.”

Considerando que a referida sentença manifestou posicionamento favorável à tese da autuada, tanto pela aplicação da redução da base de cálculo, como também para o cálculo do imposto por dentro e esta foi mantida pelo Tribunal de Justiça em grau de Recurso interposto pela Fazenda Pública;

Considerando ainda que a própria Administração Tributária, através da Diretoria de Tributação – DITRI, ao interpretar a legislação do ICMS vigente no ordenamento, no Parecer nº 01587/2012, que abordou questão semelhante relacionada à forma de se proceder à inclusão do ICMS na base de cálculo firmou o seguinte entendimento:

“Assim é a redação do artigo 77, I:

“Art. 77. É reduzida a base de cálculo das operações com máquinas, aparelhos e equipamentos:

I - até 31/12/12, relacionados no anexo I do Conv. ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80 % (oito inteiros e oitenta centésimos por cento)”.

A base de cálculo para a importação do exterior está prevista no art. 58 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97 - RICMS, conforme abaixo:

“Art. 58. Observado o disposto no art. 52, a base de cálculo do ICMS nas entradas ou aquisições de mercadorias ou bens procedentes do exterior é:

I - no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, a soma das seguintes parcelas:

- a) o valor da mercadoria ou bem constante nos documentos de importação;
- b) o Imposto sobre a Importação;
- c) o Imposto sobre Produtos Industrializados;
- d) o Imposto sobre Operações de Câmbio;”

O posicionamento da Administração Tributária para calcular o valor do imposto, na hipótese, é o que se segue.

Nos termos do art. 58, encontra-se o valor da base de cálculo não incluído o ICMS.

A base de cálculo com o ICMS por dentro (base de cálculo cheia), é encontrada através o divisor 0,912.

Sobre o valor encontrado da base de cálculo (com o ICMS por dentro) aplica-se a redução de 48,24% , valor sobre o qual será aplicada a alíquota de 17%.”

Em razão dos motivos anteriormente elencados esta Junta de Julgamento converteu o processo em diligência à PGE/PROFIS no sentido de emitir Parecer Jurídico visando interpretação que juridicamente atendesse ao que dispõem as normas postas no ordenamento jurídico que regem o ICMS, levando em conta nessa avaliação a decisão recentemente exarada pelo TJ-Ba, nos autos do processo nº 0542817-19.2014.8.05.0001, a interpretação desenvolvida pela DITRI no Parecer nº 01587/2012, e por fim a jurisprudência deste CONSEF.

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Leila Von Sohsten Ramalho, apresentou Parecer se posicionando no seguinte sentido:

“Aqui respondendo especificamente ao quanto indagado pelo CONSEF, a interpretação que juridicamente atende ao que dispõem as normas postas no ordenamento jurídico que regem o ICMS”, é de que o ICMS “por dentro” deva ter a mesma carga tributária do ICMS efetivamente incidente sobre a operação, considerando-se, no seu cálculo, a redução de base de cálculo que lhe é aplicável.

E – frise-se – não nos parece que tal posicionamento implique, como sugerido pela fiscalização, o aproveitamento indevido de duplo benefício por parte do contribuinte, visto ser decorrência natural e própria do mecanismo mesmo da incorporação do ICMS à respectiva base de cálculo, que, albergando a incidência de “imposto sobre imposto” deve fazê-lo considerando, em quaisquer das esferas da imposição, os benefícios fiscais incidentes.

Registre-se finalmente, que, no mesmo sentido do quanto ora concluído, verifica-se, a par do julgamento do

*TJ e do opinativo da DITRI já relacionados na consulta, a existência de entendimento da SEFAZ/SP, conforme documento ora anexado.”*

*À luz do quanto acima reproduzido, verifico que a PGE externou o entendimento de que o ICMS é calculado por dentro e deve ter a mesma carga tributária efetivamente incidente sobre a operação. Assim, no seu cálculo deve ser considerada a redução da base de cálculo que lhe é aplicável.*

*No caso dos autos em exame tratando-se de operação de importação o ICMS compõe a base de cálculo para efeito de apuração deste imposto. A redução da base de cálculo é de 0,68%, aplicável às operações de importação de óleo diesel do exterior. Esse produto, por sua vez, é tributado pela alíquota nominal de 25%. Em decorrência da redução da base de cálculo, a alíquota efetiva ou carga tributária da operação é de 17%.*

*Acolhendo o entendimento externado pela PGE/PROFIS e o Parecer DITRI nº 01587/2012, que em caso semelhante se posicionou no sentido de que havendo redução da base de cálculo, a alíquota a ser incorporada à base de cálculo do imposto será a alíquota efetiva e não a alíquota cheia, e considerando que a carga tributária efetiva das operações com óleo diesel é de 17%, constato que o contribuinte corretamente procedeu à inclusão desse valor na base de cálculo da operação, considerando a tributação real da mercadoria e não a alíquota nominal de 25%, conforme fez o autuante.*

*Ante o exposto, após a exclusão dos valores da capatazia que comprovadamente foram considerados em duplicidade pela fiscalização e aplicando a metodologia aplicada pelo autuado de considerar no cálculo do imposto a redução da base de cálculo a que faz jus, inexistente débito a ser exigido.*

*Em conclusão voto pela **IMPROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.*

Nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, a referida Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

## VOTO

Observa-se que o Recurso de Ofício decorre da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0033-04/18, que por unanimidade, julgou Improcedente em decorrência do recolhimento a menor do ICMS Normal e Substituição Tributária quando do desembaraço aduaneiro do óleo diesel constante nas Declarações de Importação emitidas no 1º semestre de 2015: DIs: 150522861-3/150522861-3/150522929-6/150923969-5/150924100-2/15105446.

Analisando a defesa tempestiva do sujeito passivo, às fls. 25 a 35, na qual afirma ser Improcedente, em função das razões abaixo apresentadas:

- 1) Nulidade do lançamento, tendo em vista a extrapolação do prazo de início da fiscalização previsto na Ordem de Serviço emitida pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.*
- 2) No tocante ao mérito, destaca que o valor da capatazia está devidamente incluído no valor da mercadoria importada, de modo que nova cobrança nesse sentido enseja bitributação, vedado pelo Sistema Constitucional Tributário.*
- 3) Que operação sob exame é desonerada com redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária efetiva corresponda a 17% (dezessete por cento), à luz do previsto no art. 268, XXIII, do Decreto nº 13.780/2012, que transcreveu, e por consequência, na formação da base de cálculo do imposto deve ser considerada a alíquota efetiva de 17% (dezessete por cento), e não a alíquota cheia que corresponde a 25% (vinte e cinco por cento), conforme art.16, II, “e, da Lei 7.014/96.*

Neste contexto, analisamos as situações apresentadas.

Não há o que se falar em NULIDADE, uma vez que o prazo do Termo de Início de ação fiscal e lavratura do Auto de Infração ocorreu entre os dias 23 e 26/09/2016 e respeitado o cumprimento do disposto no Art. 28, §1º do RPAF.

No tocante a base de cálculo do ICMS no desembaraço aduaneiro de bens ou mercadorias importadas do exterior, conforme dispõe o inciso VI, do caput do art. 17 da Lei nº 7.014/96, é a soma das seguintes parcelas:

*Art. 17. A base de cálculo do imposto é:*

...

VI - na hipótese do inciso IX do art. 4º, a soma das seguintes parcelas:

...

- a) o valor da mercadoria ou bem constante nos documentos de importação, observado o disposto no art. 18;
- b) o imposto sobre a importação;
- c) o imposto sobre produtos industrializados;
- d) o imposto sobre operações de câmbio;
- e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração.

Resta claro que as despesas de CAPATAZIA fazem parte das despesas aduaneiras, porém, no caso sob análise, as mesmas já se encontravam computadas no Valor Aduaneiro conforme se verifica no campo “Dados Complementares” das Declarações de Importação anexadas às fls. 13 e 16 e demonstrado pelo contribuinte na apresentação da defesa.

Assim, conforme se observa no demonstrativo elaborado pela fiscalização à fl. 05, restou comprovado que os valores da capatazia foram considerados em duplicidade.

Em relação à metodologia a ser utilizada para apurar a base de cálculo com o ICMS, o autuado alega incorreção pela não consideração da redução da carga tributária prevista para as operações com óleo diesel, prevista no art. 268, XXII, do Decreto nº 13.780/2012, em razão da inserção do ICMS na sua própria base de cálculo, no percentual de 25%, e não de 17%.

Alega que a fiscalização procedeu ao cálculo com base nas seguintes expressões aritméticas:

*BC/0,75 x 0,68 x 0,25, onde:*

*BC = Base de cálculo, formada pelo valor da mercadoria acrescido de IPI, PIS, COFINS, Armazenagem, Taxa Siscomex e Capatazia;*

*0,75 = 1 - alíquota cheia do ICMS (25%)*

*0,68 = Fator de redução da base de cálculo = 17/25*

*0,25 = alíquota utilizada para determinação do ICMS a recolher*

Analisando os cálculos efetuados pelo autuante, a impugnante enfatizou ser necessário, para se proceder ao cálculo do ICMS por dentro, encontrar o fator com redução para a inclusão do imposto, para, em seguida, calcular-se corretamente o ICMS, sob pena de desnaturação do benefício fiscal concedido, hipótese em que deveria ser adotada a metodologia de cálculo:

*BC/0,83 x 0,68 x 0,25, onde:*

*BC = Base de cálculo, formada pelo valor da mercadoria acrescido de IPI, PIS, COFINS, Armazenagem, Taxa Siscomex e Capatazia;*

*0,83 = 1 - alíquota cheia do ICMS (17)*

*0,68 = Fator de redução da base de cálculo = 17/25*

*0,25 = alíquota utilizada para determinação do ICMS a recolher*

Nesse sentido, existe o Parecer DITRI nº 01587/2012, da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que em caso análogo entendeu que em hipótese de redução da base de cálculo, a alíquota a ser incorporada à base de cálculo do imposto será a alíquota efetiva, e não a alíquota cheia.

Na informação fiscal, o autuante afirma que os cálculos no Auto de Infração foram efetuados considerando que o Óleo Diesel é tributado nas operações internas à alíquota de 25%.

Determina o Art. 268, Inciso XXIII do RICMS/BA que, nas operações internas com óleo diesel, a base de cálculo é reduzida de forma que a carga tributária corresponda a 17% (dezessete por cento) conforme abaixo transcrito:

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

...

**XXIII** - das operações internas com óleo diesel, de forma que a carga tributária incidente corresponda a

17% (dezessete por cento), observado o disposto no § 7º;

O referido processo foi convertido em diligência à PGE/PROFIS no sentido de emitir Parecer Jurídico visando interpretação que juridicamente atendesse ao que dispõem as normas postas no ordenamento jurídico que regem o ICMS, levando em conta nessa avaliação a decisão recentemente exarada pelo TJ-Ba, nos autos do Processo nº 0542817-19.2014.8.05.0001, a interpretação desenvolvida pela DITRI no Parecer nº 01587/2012, e por fim a jurisprudência deste CONSEF.

Em resposta, a PGE/PROFIS, por meio da Dra. Leila Von Sohsten Ramalho, apresentou parecer se posicionando no seguinte sentido:

*“Aqui respondendo especificamente ao quanto indagado pelo CONSEF, a interpretação que juridicamente atende ao que dispõem as normas postas no ordenamento jurídico que regem o ICMS”, é de que o ICMS “por dentro” deva ter a mesma carga tributária do ICMS efetivamente incidente sobre a operação, considerando-se, no seu cálculo, a redução de base de cálculo que lhe é aplicável.*

Com base no entendimento externado pela PGE/PROFIS e o Parecer DITRI nº 01587/2012, que em caso semelhante se posicionou no sentido de que havendo redução da base de cálculo, a alíquota a ser incorporada à base de cálculo do imposto será a alíquota efetiva e não a alíquota cheia, e considerando que a carga tributária efetiva das operações com óleo diesel é de 17%, constato que o contribuinte corretamente procedeu à inclusão desse valor na base de cálculo da operação, considerando a tributação real da mercadoria e não a alíquota nominal de 25%, conforme fez o ilustre autuante.

Em razão dos fatos apresentados, resta claro que os valores da capatazia claramente foram considerados em duplicidade pela fiscalização e que no cálculo deveria ter sido considerado no cálculo do imposto a redução da base de cálculo a que faz jus, com a inclusão da alíquota efetiva, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida e inalterada a Decisão Recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269354.3008/16-8**, lavrado contra **BCI BRASIL CHINA IMPORTADORA E DISTRIBUIDORA S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS