

A. I. Nº - 210573.0048/17-7
AUTUADO - BCI BRASIL CHINA IMPORTADORA E DISTRIBUIDORA S/A.
AUTUANTE - VALDO GILVAN BATISTA SANTANA
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/09/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0172-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. O autuante calculou o ICMS-ST, na importação de Diesel S10 inserindo na base de cálculo a carga tributária efetiva de 18%, divergindo das metodologias utilizadas pelo autuado ao considerar a alíquota de 25%. Entretanto o ICMS como um todo foi recolhido (normal e substituído), não sendo razoável, tampouco justo ou lógico, que o contribuinte seja instado a pagar com multa e acréscimos a substituição tributária que recolheu a menor, pois recolheu a maior, em valor correspondente, o imposto normal. Afastadas arguições de nulidades. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 07/12/2017, reclama o valor de R\$ 32.028,27, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei no 7.014/1996 em decorrência da seguinte acusação:

Infração 01 - 54.01.01 - Mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita retenção do imposto pelo remetente (sujeito passivo por substituição) e sem recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

Em complementação foi consignada a seguinte informação: “*Constatamos no ato da conferência dos valores recolhidos, ICMS normal e ICMS-ST, que o ICMS-ST foi pago a menor, enquanto o ICMS normal foi pago a maior, vide planilha de cálculo anexa. Devido os códigos de receitas serem diferentes, não há como compensar, logo há que se pagar diferença da Substituição Tributária e solicitar o ressarcimento do valor pago a maior no recolhimento do ICMS Normal.*”

O sujeito passivo, em sua defesa, fls. 27 a 38, inicialmente diz ser tempestiva a apresentação da mesma. Prossegue dizendo tratar-se de pessoa jurídica de direito privado devidamente constituída sob a égide da legislação pátria e, nos termos de seu objeto social, dedica-se ao comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo, sendo, portanto, contribuinte do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS perante este Estado da Bahia.

No exercício de suas atividades, a Impugnante mantém-se no fiel cumprimento da legislação tributária, de forma que restou surpreendida pela lavratura, por parte da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, da notificação 2105730048/17- 7 ora impugnada (DOC. 03), na qual cobra-se suposto crédito tributário de ICMS ST não recolhido quando da operação de importação direta realizada pelo contribuinte.

Segundo narra o agente autuante no auto de infração em comento, a Impugnante teria realizado a importação de óleo diesel relativa à Declaração de Importação de número 0172110953-8 (DOC. 04) e, em tal operação, teria recolhido o ICMS ST a menor, embora tivesse supostamente

recolhido a maior o ICMS da operação própria.

Assim, o agente autuante aponta o valor de R\$32.028,27 (trinta e dois mil e vinte oito reais e vinte e sete centavos) como valor do saldo de ICMS-ST a recolher, aos quais seriam acrescidos R\$19.216,96 (dezenove mil duzentos e dezesseis reais e noventa e seis centavos), a título de multa pelo não pagamento.

No entanto, a autuação não especifica como se deu o cálculo do valor do suposto saldo do ICMS ST ou mesmo qual a razão do recolhimento da IMPUGNANTE ter sido apontado como insuficiente, limitando-se a apontar que os valores seriam demonstrados “vide planilha de cálculo anexa”.

Referida planilha, todavia, não é suficientemente clara ao descrever sua metodologia de cálculo, eis que, em se tratando de ICMS ST, deveria haver indicação de como se deu a formação da base de cálculo apontada (quais margens de valor agregado ou preço máximo ao consumidor final foram aplicados, por exemplo) nem adequadamente especifica o cálculo do valor. Veja-se que é apontado como base de cálculo valor completamente distinto até mesmo do montante da operação de importação, não guardando qualquer relação com o fato gerador efetivamente praticado pelo contribuinte.

A autuação é, portanto, de pronto, manifestamente nula, eis que não especifica adequadamente a origem, natureza e quantitativo do crédito tributário lançado.

Além disso, conforme restará ao final demonstrado, não houve na hipótese qualquer falta de recolhimento do imposto estadual, tendo em vista que a IMPUGNANTE efetuou o recolhimento integral do ICMS-ST incidente na operação, não havendo qualquer saldo a pagar.

Verificado o integral e tempestivo recolhimento do ICMS antes de qualquer procedimento de fiscalização e/ou lavratura de auto de infração, tampouco há que se falar em aplicação da multa arbitrada pelo agente autuante, eis que não houve recolhimento a menor.

Dessa forma, conforme restará ao final demonstrado, o auto de infração ora atacado afigura-se manifestamente insubsistente, devendo este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF julgar integralmente procedente a presente impugnação e anular por completo o auto de infração.

Observa que a notificação fiscal é manifestamente nula, eis que não indica com clareza a forma de apuração da base de cálculo apontada pelo agente autuante. A esse respeito, veja-se que o Auto de Infração é documento que constitui o lançamento de ofício do crédito tributário e que deve, por consequência, detalhar minuciosamente o montante apurado por meio de planilha contendo a memória de cálculo.

Nos termos do Código Tributário Nacional, lançamento é o procedimento que apura a matéria tributável e calcula o imposto devido:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor aplicação da penalidade cabível.

Ou seja, o procedimento de lançamento deve claramente apontar a forma de cálculo do tributo devido, com base na legislação vigente à época.

A finalidade dos requisitos contidos na lei supramencionada é atribuir ao Auto de Infração é a de conceder ao autuado todos os elementos para se defender da exigência nele contida, contemplando o princípio da ampla defesa e obstando exigências em desconformidade com o ordenamento jurídico em vigor.

Assim, é fácil concluir que, não havendo memoriais de cálculos necessários a apuração da liquidez e certeza do crédito apontado, pré-requisitos fundamentais para a validade do processo administrativo, o AUTO DE INFRAÇÃO está eivado de nulidade insanável.

Nesse sentido, citou recentes julgados de tribunais, e conforme demonstra-se da leitura do auto de infração, o agente autuante limitou-se a afirmar que a empresa teria recolhido o ICMS-ST a menor, “vide planilha em anexo”. No entanto, referida planilha apenas aponta um valor fechado de base de cálculo utilizada, sem demonstrar-se como se chegou a tal valor.

A importância de indicar a forma de cálculo é ainda maior pelo fato de que a base de cálculo do ICMS ST de combustíveis é calculada, conforme adiante demonstrado, mediante utilização de diversos índices periódicos, de forma que, sem a precisa e clara indicação de quais foram os parâmetros utilizados, é impossível realizar com plenitude a ampla defesa.

No caso em tela, a falta de indicação precisa da forma através da qual o agente autuante chegou ao suposto crédito tributário de ICMS inviabiliza a defesa e, portanto, enseja nulidade do auto de infração.

Assim, requer desde logo a IMPUGNANTE seja reconhecida a nulidade do auto de infração ora impugnado, ante a inexistência de indicação clara dos parâmetros utilizados para apuração da base de cálculo apontada pela autuação.

Conforme mencionado, cuida-se o lançamento ora impugnado de notificação fiscal lavrada de ofício pelo agente autuante desta Secretaria da Fazenda da Bahia, com o objetivo de cobrar suposto crédito tributário de ICMS ST, decorrente do recolhimento a menor quando da importação de mercadorias promovida pela IMPUGNANTE através da DI 0172110953-8 (DOC. 04) e registrada na nota fiscal nº 240 (DOC. 07).

Na autuação, o agente autuante aponta o valor de R\$32.028,27 (trinta e dois mil e vinte oito reais e vinte e sete centavos) como valor do saldo de ICMS-ST a recolher, aos quais seriam acrescidos R\$19.216,96 (dezenove mil duzentos e dezesseis reais e noventa e seis centavos), a título de multa pelo não pagamento.

Diz que a mera análise dos documentos atinentes à referida operação de importação, bem como das normas tributárias que regem a apuração e recolhimento do ICMS-ST dos combustíveis derivados de petróleo, demonstra facilmente que, não apenas os valores envolvidos são completamente distintos do que foi apontado pelo agente autuante, **como tampouco há que se falar em saldo a pagar de imposto por parte da IMPUGNANTE.**

A respeito da matéria, importa observar, inicialmente, que a sistemática de tributação das mercadorias comercializadas pela Impugnante impõe o recolhimento do ICMS a título de substituição tributária por parte do importador, quando do desembaraço aduaneiro das mercadorias.

Isso porque a tributação dos combustíveis derivados de petróleo é regulada pelo Convênio CONFAZ 110/2007 - recepcionado pela legislação estadual - o qual prevê a responsabilidade tributária do importador relativamente ao imposto devido pelas operações interestaduais posteriores, inclusive com óleo diesel (óleo combustível), mercadoria que foi objeto das operações discutidas no auto de infração ora atacado:

Assim, há atribuição de responsabilidade tributária por substituição progressiva ao remetente de óleo diesel na realização de operações interestaduais, devendo o imposto ser recolhido em favor do estado destinatário. No caso de mercadorias importadas, esse imposto devido por substituição tributária será exigido já do importador, e será recolhido quando do desembaraço aduaneiro, apurando-se sua base de cálculo pelo preço máximo ao consumidor final ou através de fórmula matemática que leva em conta os índices fixados pelo CONFAZ: preço máximo ao consumidor, fator de correção do volume, índice de mistura, etc., nos termos da Cláusula nona do Convênio ICMS 110/2007.

À luz de tais dispositivos, conforme restará ao final demonstrado, verifica-se que a IMPUGNANTE recolheu corretamente o ICMS ST incidente na operação de desembaraço, considerando as normas

vigentes à época e os valores da operação praticada. Veja-se, em primeiro lugar, que a importação praticada pela empresa teve como objeto 1.182.261 kg de óleo diesel S10, no valor CIF de US\$ 725.205,28 (setecentos e vinte e cinco mil duzentos e cinco dólares e vinte e oito centavos), os quais, à cotação de R\$3,2636 real-dólar vigente à época, perfaziam o montante de R\$2.366.779,95 (dois milhões trezentos e sessenta e seis mil, setecentos e setenta e nove reais e noventa e cinco centavos).

A tal valor soma-se o montante dos tributos aduaneiros incidentes, para chegar-se ao montante de \$3.179.502,13 (três milhões, cento e setenta e nove mil, quinhentos e dois reais e treze centavos) que servirá de base para apuração do ICMS:

Calculo ICMS - Diesel S-10 - BA	
VALOR IMPORTAÇÃO	2.366.779,97
II	-
IPI	-
PIS	116.970,60
COFINS	539.743,90
TX SISCOMEX	214,50
CIDE	71.144,85
TUM - AFRMM	21,20
ARMAZENAGEM	84.627,11
SUBTOTAL	3.179.502,13

Calculando-se o ICMS “por dentro”, chega-se à base de cálculo, com ICMS incluído, de R\$3.046.095,91, e aplicando-se a redução de base de cálculo prevista no artigo 268 do Decreto 13.780/2012 a qual prevê que a carga tributária incidente (alíquota efetiva) será de 18%, chega-se a uma base de cálculo reduzida de R\$2.193.189,05:

Valor Total Importação	3.179.502,13
BC com ICMS “por dentro”	4.239.336,17
BC reduzida (alíquota efetiva de 18%)	3.052.322,04
ICMS	763.080,51

Assim, a IMPUGNANTE recolheu o valor de R\$ 763.080,51, a título de ICMS incidente sobre a operação própria de importação de mercadorias, conforme comprovante em anexo (DOC. 05).

Em seguida, a IMPUGNANTE procedeu com o recolhimento do ICMS - ST, utilizando como parâmetros para obtenção da base de cálculo os índices vigentes à época:

PMPF: 3,3600 (Ato COTEPE/PMPF nº 22/2017)

FCV: 0,9943 (Ato COTEPE/ICMS 4/2016).

Aplicando-se a fórmula para cálculo do ICMS ST e considerando a base de cálculo reduzida, apresenta o cálculo do ICMS Substituição Tributária, resultando no valor de R\$177.679,22:

Calculo ICMS ST - Diesel S-10 - BA		
	3,3600	PMPF
3,6731	0,9943	FCV
1.422.897	QUANT	
5.226.442,97	BC-ST	
3.763.038,94	BC-ST REDUZIDA	
25%	Alíquota	
940.759,73	Carga Tributária	18% ICMS - Redução BC
177.679,22	ICMS-ST 25%	18% ICMS - Redução BC

Dessa forma, tem-se que o valor do ICMS ST devido pela IMPUGNANTE na operação em questão, quando do desembaraço, é de \$177.679,22 (cento e setenta e sete mil, seiscentos e setenta e nove reais e vinte e dois centavos). Referido valor foi devidamente recolhido pela empresa em favor do Estado da Bahia, conforme DAE em anexo (DOC. 06)., de forma que não há que se falar em recolhimento a menor do ICMS.

Importa observar que os cálculos realizados pela IMPUGNANTE consideram os índices e legislação vigentes à época do desembaraço aduaneiro. Realizando-se o fato gerador e, conseqüentemente, o recolhimento do ICMS-ST na ocasião do desembaraço, é certo também que os fatores e índices utilizados na determinação da base de cálculo da substituição tributária - como é o caso do PMPF - também serão definidos naquele momento.

Sobre o tema, veja-se que a base de cálculo do ICMS-ST relativo às remessas destinadas ao Estado da Bahia foi calculada pela IMPUGNANTE com base no Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final - PMPF vigente à época de cada operação de desembaraço, nos termos do Convênio ICMS 110/07 e do RICMS/BA.

Como bem afirma a Cláusula nona do Convênio ICMS 110/07, a base de cálculo é obtida através da identificação do PMPF vigente à época, cujo teor copiou.

No caso em tela, o desembaraço aduaneiro foi feito na vigência dos Atos COTEPE/PMPF 022/2017, sendo que o agente autuante levou em consideração o PMPF vigente na época da operação de remessa, posterior à ocorrência do fato gerador, o que não pode ser admitido.

A esse respeito, destaca a fecunda lição doutrinária que divide a norma de incidência tributária em seus elementos material, temporal, espacial, quantitativo e pessoal. Juntos, tais aspectos definem qual a materialidade (conduta) tributável, quando se considera ocorrida tal situação, em que local, como se calculará o tributo e quem serão os sujeitos ativo e passivo. Tais elementos tem uma relação intrínseca e interdependente entre si, de forma que apenas existem em conjunto, não podendo ser desconectados ou separados. Por tal motivo, o aspecto quantitativo da norma, composto pela base de cálculo e alíquota, define-se no momento da ocorrência do fato gerador, isto é, com base no elemento temporal da hipótese de incidência.

Nesse mesmo sentido, o Código Tributário Nacional expressamente afirma que o lançamento se reporta à data da ocorrência do fato gerador e à legislação então vigente:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Isto é, define-se o montante devido, através da aplicação dos elementos quantitativos (alíquota e base de cálculo) vigentes à época da ocorrência do fato gerador, não sendo possível a aplicação de índices ou cálculos vigentes *a posteriori*, eis que tal retroação de efeitos é expressamente vedada na seara tributária.

Transcreve jurisprudência no sentido de que a forma de apuração do tributo, seja no que diz respeito à alíquota ou à formação de base de cálculo, com suas possíveis deduções, incentivos e variações, é feita com base na legislação vigente à época do fato gerador.

No caso do ICMS-ST, especificamente para as operações com combustíveis derivados de petróleo como é o caso das descritas no presente autos, tem-se que o fato gerador, para o importador, ocorre quando do desembaraço aduaneiro, como definido pela Cláusula Segunda do Convênio ICMS 110/2007.

Significa dizer, portanto, que, na importação de combustíveis derivados de petróleo reputa-se ocorrido o fato gerador quando do desembaraço aduaneiro, momento no qual aplicam-se os fatores de definição da base de cálculo (PMPF, MVA, FCV, etc.) vigentes à época.

No caso em tela, tem-se como consequência a conclusão de que mesmo o montante apontado como devido no auto de infração encontra-se inadequadamente majorado, já que se baseia na utilização de índice vigente apenas após a realização do fato gerador.

Também por tal razão afigura-se suficiente o recolhimento efetuado pela Impugnante, uma vez que, na tabela apontada pelo agente autuante, há indicação dos PMPFs que vigoravam na ocasião das remessas, sendo que o fato gerador do ICMS-ST - quando se utilizará referido índice - ocorre no desembaraço aduaneiro, em data anterior.

Assim, demonstra-se que não houve qualquer irregularidade no recolhimento de ICMS-ST efetuado pela IMPUGNANTE, devendo ser julgado improcedente o auto de infração ora atacado.

Finaliza solicitando que seja julgado integralmente improcedente o auto de infração ora impugnado, tendo em vista a sua nulidade formal e a ausência de qualquer irregularidade no recolhimento de ICMS-ST efetuado pela IMPUGNANTE, inexistindo saldo a pagar.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 70, diz que a impugnante questiona a demonstração dos cálculos referenciados às folhas 02 (AI) e à folha 05 (planilha de cálculo), dizendo não estar claro.

Passa a prestar os devidos esclarecimentos afirmando que: *“temos que a BC efetuada pelo PMPF é igual a R\$5.008.689,03; PMPF R\$3,22 (Ato Cotepe 21/17, fl. 6); quantidade de litros diesel na D.I. igual a 1.422.897, que, aplicando-se à fórmula: quantidade de litros divididos por 0,9200 (índice de Mistura) e 0,9943 FCV, teremos 1.555.493 litros, que multiplicados por R\$3,22 (PMPF) teremos a BC de R\$5.008.689,03, que após a redução de 18% chega-se a R\$3.606.256,10 (R\$5.008.689,03 x (18%/25%); aplicando-se a alíquota de 25% tem-se R\$901.564,02.”*

Observa que tem-se o valor cheio do ICMS a recolher sem a ST. Aplicando-se a norma, Cv 110/07, cláusula nona, demonstrado na planilha à fl. 04, conforme explanado: tem-se o total apurado conforme D.I. mais acréscimos das despesas aduaneiras, chegando a BC de R\$ 3.151.790,88, que divididos por (1-18) encontra-se R\$3.843.647,42, aplicando-se a RCT, 18%, tem-se R\$ R\$2.767.426,14(R\$3.843.647,42 x (18%/25%); que multiplicados por 38,61% (Ato Cotepe/MVA 17/17, fl. 5);, que multiplicados por 36,18% (Ato Cotepe/MVA 17/17, fl. 6), tem **R\$3.835.929,37**, aplicando-se a alíquota interna de 25% tem-se **R\$691.856,54**(ICMS NORMAL); logo, deduzindo-se este valor do apurado pelo PMPF, **R\$901.564,02**, apura-se o valor de **R\$209.707,49**, correspondente à ST.

Entende que impugnante equivocou-se quanto à apuração da ST, recolhendo o valor de R\$177.679,22, restando, portanto, a diferença a ser recolhida no valor de **R\$32.028,27** (R\$209.707,49- R\$177.679,22) mais acréscimos legais, conforme folha 02 (A.I.) e fl. 03 (planilha), no seu código específico, 1145.

Finaliza mantendo a autuação em seu inteiro teor.

Considerando que o autuante, em sua informação fiscal à fl. 70, asseverou que efetuou o Cálculo do ICMS ST – Diesel S-10 – BA utilizando o valor de PMPF de **R\$3,2200** previsto no Ato COTEPE/PMPF 021/2017 (fls. 5/6).

Considerando que, pela análise dos elementos contidos no processo, ficou constato que:

- 1) Tanto no Ato COTEPE/PMPF 021/2017 vigente a partir de 16/11/17 como Ato COTEPE/PMPF 022/2017 vigente a partir de 01/12/17 os valores do OLEO DIESEL era **R\$3,2200** e do DIESEL S-10 de **R\$3,36**;
- 2) O extrato da DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO à fl. 16 indica que o produto importado foi o **DIESEL S-10**.

Esta 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência à Infaz de Origem, para que o autuante refizesse os cálculos da planilha de fl. 4, utilizando o valor do PMPF DIESEL S-10 de **R\$3,36**, ou esclarecesse o porque de não utilizar o PMPF do produto importado.

O autuante se manifestou às fls. 77 externando o entendimento que: *“A planilha eletrônica, folha 03, é autoexplicativa; lá consta todos os dados necessários ao entendimento: PMPF, ÍNDICE DE MISTUR, FCV (Fator de Conversão de Volume); MVA, ALÍQUOTAS e demais informações e dados constantes da DI; reiterados na Informação Fiscal à folha 72.”*

O autuante no atendimento da diligência, fl. 77 diz que as informações prestadas anteriormente à fl. 70 deixa clara a metodologia de cálculo utilizada na planilha de folha 12, comprovada com a planilha eletrônica, folha 03, também autoexplicativa. Externa o entendimento de que lá consta

todos os dados necessários ao entendimento. Entretanto, verificou que houve um equívoco e que o valor apurado como diferença no total dos recolhimentos é de R\$2,73, a menor, considerando o valor total, cabendo ao setor competente fazer o ajuste/enquadramento, quanto ao valor recolhido a mais. ICMS NORMAL e o valor da ST a menor.

VOTO

Preliminarmente, reclama o sujeito passivo que é nula a presente autuação, sob o argumento de que a autuação não especifica como se deu o cálculo do valor do suposto saldo do ICMS ST ou mesmo qual a razão do recolhimento ter sido apontado como insuficiente, limitando-se a apontar que os valores seriam demonstrados “vide planilha de cálculo anexa”.

Ressalta que a referida planilha, todavia, não é suficientemente clara ao descrever sua metodologia de cálculo, eis que, em se tratando de ICMS ST, deveria haver indicação de como se deu a formação da base de cálculo apontada (quais margens de valor agregado ou preço máximo ao consumidor final foram aplicados, por exemplo) nem adequadamente especifica o cálculo do valor. Assevera que é apontado como base de cálculo valor completamente distinto até mesmo do montante da operação de importação, não guardando qualquer relação com o fato gerador efetivamente praticado pelo contribuinte.

Embora o sistema informatizado desta Secretaria de Fazenda para lavratura do Auto de Infração (SEAI) informe de forma genérica a descrição dos fatos da infração (no caso: “*Constatamos no ato da conferência dos valores recolhidos, ICMS normal e ICMS-ST, que o ICMS-ST foi pago a menor, enquanto o ICMS normal foi pago a maior, vide planilha de cálculo anexa.*”), os levantamentos elaborados pelo fisco são partes integrantes do Auto de Infração, conforme as determinações contidas no Art. 41 do RPAF/BA a seguir transcrito:

Art. 41. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente;

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Art. 46. Na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, ser-lhe-ão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha.

No caso presente, os mesmos foram anexados à fl. 04 e disponibilizados ao contribuinte, que, clara e expressamente se defendeu do que lhe estava sendo imputado, inclusive, apresentando outros demonstrativos com base nos que lhe foram fornecidos.

Ademais, não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Assim, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, não estando presentes no processo qualquer hipótese motivadora de nulidade elencadas nos incisos I a IV do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Desse modo, afasto a preliminar de nulidade arguida.

No mérito, o defendente alega que o fato gerador do ICMS-ST para as operações com combustíveis derivados de petróleo, como é o caso do presente lançamento, o fato gerador, para o importador, ocorre quando do desembaraço aduaneiro, apurando-se sua base de cálculo pelo preço máximo ao consumidor final ou através de fórmula matemática que leva em conta os índices fixados pelo CONFAZ: preço máximo ao consumidor, fator de correção do volume, índice de mistura, etc., nos termos da Cláusula nona do Convênio ICMS 110/2007.

Explica que a base de cálculo do ICMS-ST relativo às remessas destinadas ao Estado da Bahia foi calculada com base no Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final – PMPF vigente à época de cada operação de desembaraço, nos termos do referido Convênio, enquanto que na tabela apontada pelo autuante há a indicação dos PMPFs que vigoravam na ocasião das remessas, concluindo de que o montante apontado como devido no Auto de Infração encontra-se inadequadamente majorado.

Argui que efetuou o Cálculo do ICMS ST – **Diesel S-10** – BA utilizando o valor de **PMPF de R\$3,3600** previsto no Ato **COTEPE/PMPF 022/2017** (fls. 34/35).

O autuante por sua vez na sua Informação fiscal à fl. 70, afirmou que efetuou o Cálculo do ICMS ST – **Diesel S-10** – BA utilizando o valor de **PMPF de R\$3,2200** previsto no Ato **COTEPE/PMPF 021/2017** (fl. 4).

Da análise dos elementos contidos no processo, constato que:

- 1) Tanto no Ato **COTEPE/PMPF 021/2017** vigente a partir de 16/11/17 como Ato **COTEPE/PMPF 022/2017** vigente a partir de 01/12/17 o valor do **DIESEL S-10** era de **R\$3,36**;
- 2) O extrato da DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO nº 17/2110953-8 anexado às fls. 14 a 16, indica que o produto importado foi o **DIESEL S-10**.

Neste caso deve ser utilizado PMPF de R\$3,36, como arguido pelo defendente, de acordo com o ATO COTEPE/PMPF-22, de 27/11/2017, último ATO em 2017 sobre PMPF, razão pela qual o processo foi convertido em diligência para que o autuante elaborasse novos demonstrativos utilizando o referido valor, tendo em vista que o valor por ele utilizado na planilha de fl. 04, consta o valor de R\$3,2200, que se refere ao item “óleo Diesel”, conforme se verifica na cópia do Ato COTEB nº 21, cuja cópia encontra-se anexada às fls. 5 a 06.

O autuante à fl. 77, reconheceu ter havido equívoco no valor lançado no Auto de Infração pois a diferença a ser exigido seria de apenas R\$2,73, levando em consideração o valor total recolhido pelo sujeito passivo.

De fato, observo que a fiscalização apurou como devido o ICMS Normal a recolher de R\$691.856,54 e ICMS - ST de R\$ 248.856,54, totalizando o montante de R\$940.762,46, enquanto que a empresa recolheu o total de R\$ 940.759,73, referente ao ICMS Normal de R\$763.080,51 e ICMS ST de R\$177.679,22, resultando em uma diferença irrelevante de R\$2,73.

Observo que as diferenças acima demonstradas ocorreram em virtude da autuada ter inserido o tributo na sua própria base sob a alíquota de 25%, enquanto o fiscal considerou a de 18%, pois em tais casos a legislação tributária estabelece a redução da base de cálculo neste mesmo percentual (art. 268, XXIII do RICMS-BA/2012):

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

(...)

XXIII - das operações internas com óleo diesel, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 18% (dezoito por cento); (...)

Tal procedimento encontra-se em consonância com a Súmula nº 6 deste CONSEF, publicada em 08/10/2019, que assim estabelece:

“SÚMULA DO CONSEF Nº 06 - Nos casos de redução de base de cálculo, com carga tributária definida, o imposto a ser incorporado à base de cálculo corresponderá à aplicação da referida carga tributária. Já nos casos de redução de base de cálculo, sem carga tributária definida, o imposto a ser incorporado à base de cálculo corresponderá à aplicação da alíquota prevista para a operação.”

Ao calcular a base de tributação majorada, a autuada recolheu a mais o ICMS normal incidente sobre a operação de importação, e a menos a substituição tributária, em valores semelhantes, como dito anteriormente.

Entretanto, é preciso observar que o ICMS como todo foi de fato recolhido, não sendo razoável, nem lógico, que o contribuinte seja instado a pagar com multa e acréscimos a substituição tributária que recolheu a menos, pois recolheu a mais – em valor correspondente, o imposto normal, fato inclusive reconhecido pelo próprio autuante.

Ante ao exposto voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210573.0048/17-7**, lavrado contra **BCI BRASIL CHINA IMPORTADORA E DISTRIBUIDORA S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR