

PROCESSO - A. I. N° 269354.0023/23-9
RECORRENTE - BIOMAZZA GESTÃO DE RESÍDUOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JFJ nº 0170-03/24-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 24/04/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0068-12/25-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Restou comprovado que o contribuinte não destacou o imposto relativo às operações internas com mercadorias tributáveis (petróleo bruto). Cabível a integração do imposto a sua própria base de cálculo. Operação não contemplada com diferimento. Mantida a decisão. Infração subsistente. Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto com base no art. 169, I, “a” do RPAF/BA, contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 13/12/2023, que acusa o cometimento da seguinte infração:

***Infração 01 – 002.001.003:** Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (janeiro de 2022 a outubro de 2023). **Consta na Descrição dos Fatos:** O Contribuinte não efetuou o lançamento do ICMS nas suas comercializações de mercadorias (petróleo bruto) com NCM 27101929, para consumidores finais, no território do Estado da Bahia, na forma da legislação do ICMS vigente, bem como não recolheu o valor do imposto devido - R\$ 5.148.634,54. **Multa** de 60%.*

Na decisão proferida (fls. 110 a 120) inicialmente foi afastada a nulidade suscitada sob alegação de preterição do direito de defesa (art. 18, II do RPAF/BA) por apresentar descrição da infração sucinta e os dispositivos legais mencionados no enquadramento legal se referem apenas ao fato gerador do ICMS e à data de recolhimento do tributo, sem referir-se à base de cálculo do imposto.

Foi fundamentado que a autuação fiscal está embasada em demonstrativos elaborados pelo autuante, identificando o autuado, na defesa demonstrou que entendeu os cálculos, apresentou impugnação o que demonstra ser compreensível a irregularidade apurada, não tendo exigido imposto sob presunção, em conformidade com a legislação tributária, o que não implica nulidade do lançamento nos termos do art. 19 do RPAF/BA, possibilitando o exercício do contraditório, de acordo com o art. 121, I do RPAF/BA.

Concluiu rejeitando a preliminar de nulidade, por entender que a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não tendo constatado violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, inexistindo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/BA. Passou a apreciação do mérito.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2022 a outubro de 2023. O Contribuinte não efetuou o lançamento do ICMS nas suas comercializações de mercadorias (petróleo bruto) com NCM 27101929, para consumidores finais, no território do Estado da Bahia, na forma da legislação do ICMS vigente, bem como não recolheu o valor do imposto devido.

O Defendente afirmou que no levantamento fiscal, o Autuante indicou o valor de cada nota fiscal, mas

considerou como base de cálculo um valor superior ao constante na nota fiscal. Alegou que os valores indicados nos demonstrativos que acompanham o auto de infração não representam os preços praticados pela empresa, estão majorados por razão desconhecida. Disse que realizou as operações de venda sobre o preço indicado na nota fiscal e recebeu exatamente este valor do seu cliente, no entanto, a fiscalização cobra ICMS sobre valor superior ao recebido.

Como exemplo, informou que na data de 17/01/2023, emitiu a NF nº 1322, no valor de R\$ 67.500,00. Em razão desta operação de venda, recebeu do seu cliente os mesmos R\$ 67.500,00 (sessenta e sete mil e quinhentos reais) indicados na nota fiscal como valor da operação. Apesar disso, a fiscalização cobrou ICMS sobre o valor de R\$ 82.317,07, conforme indicado no demonstrativo anexo ao Auto de Infração (fl. 23 do PAF). Afirmou que a metodologia deste cálculo sequer foi apresentada na autuação fiscal e também não encontra qualquer respaldo na legislação, acarretando autêntica majoração da base de cálculo do ICMS, que passa ser superior ao valor da operação de venda.

O Autuante registrou que o art. 17, no seu § 1º, da Lei nº 7.014/1996, especialmente o inciso I do retro referido parágrafo, define que o ICMS integra a sua base de cálculo. O demonstrativo que integra o processo da lavratura do auto de infração em debate, evidencia a exigência do ICMS somente nas operações comerciais dentro território do Estado da Bahia, conforme fls. de nº 14 a 24.

Afirmou que o levantamento fiscal indica o número e modelo do documento fiscal, CFOP da operação, data de emissão e, quanto à mercadoria, código, CST, NCM, descrição, quantidade, preço unitário, valor, base de cálculo, alíquota e ICMS devido.

Observe que em relação à determinação da base de cálculo do ICMS, a Lei complementar nº 87/96, determina que:

LC 87/96:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é

[...]

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V, IX e X do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

Lei 7.014/96

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

[...]

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos VI, XI e XI-A do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

Analisando os dispositivos legais acima reproduzidos, verifica-se que o ICMS é um imposto por dentro, ou seja, o seu montante integra a própria base de cálculo, sendo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Assim, no seu cálculo está incluído o valor do tributo em sua própria base de cálculo.

No caso de mercadorias colocadas à disposição de consumidores em geral, o contribuinte define o preço de venda ao consumidor embutindo o ICMS neste preço, e se não integrar o ICMS na sua própria base de cálculo, estará reduzindo o valor correspondente ao imposto calculado e produzindo uma base de cálculo menor, procedimento que contraria a legislação vigente.

Os preços estabelecidos pelo contribuinte são os consignados nos documentos fiscais quando das operações de vendas de mercadorias ou prestações realizadas; sobre eles é calculado o ICMS devido, mediante a aplicação da alíquota cabível, e o destaque do imposto no documento fiscal constitui em mera indicação para fins de controle, tudo em conformidade com o art. 13, § 1º, I, da LC 87/96, já reproduzido neste voto.

No caso em exame, o autuado utilizou o valor que entendeu não haver incidência do ICMS, por isso, é correto admitir-se que o defendente não integrou o imposto na sua própria base de cálculo, o que resultou no procedimento realizado pela Fiscalização.

Assim, quando o autuado não integrou o ICMS na sua própria base de cálculo, por realizar operações com mercadorias sem incidência do imposto, reduziu a base de cálculo, subtraindo dessa, o valor correspondente ao imposto calculado, o que resultaria numa base de cálculo menor e sobre ela não poderia incidir a alíquota correspondente, porque esse procedimento contraria a legislação tributária vigente neste Estado.

Concluo que a sistemática utilizada pelo autuante está respaldada na legislação pertinente à matéria,

inexistindo majoração ou imposição fictícia da base de cálculo, como alegou o defendente.

Quanto à tese da defesa, em relação às decisões apontadas na impugnação, observo que este Órgão Julgador não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

O Defendente alegou, ainda, que na situação em apreço, está sendo penalizado severamente em duplicidade por essa majoração da base de cálculo, uma vez que tem que arcar com ICMS sobre valor não recebido (riqueza não auferida), e sobre o qual ainda é aplicada a multa de infração no percentual de 60% (sessenta por cento). Revela-se totalmente abusiva a multa aplicada nesse patamar de 60% do tributo devido, o que representa manifesta inconstitucionalidade por ofensa aos artigos 37 e 150, inciso IV, da CF/88.

Não acato a alegação defensiva, considerando que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é legalmente prevista para a irregularidade apurada, essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e como já mencionado neste voto, não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Concluo pela subsistência da exigência fiscal constante no presente Auto de Infração, haja vista que, consoante a legislação citada neste voto, integra a base de cálculo do ICMS o montante do próprio imposto, e conforme o levantamento fiscal, o Autuado não destacou o ICMS relativo às operações com mercadorias tributáveis (petróleo bruto).

O Defendente requer que todas as intimações, através da Imprensa Oficial, sejam publicadas em nome do Dr. Victor Pereira, inscrito na OAB/BA nº 30.664, com endereço na Av. Tancredo Neves, nº 1632, Salvador Trade Center, Torre Sul, Sala 2201/02, Caminho das Árvores, CEP 41820-020, Salvador/BA, sob pena de nulidade.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração

No Recurso Voluntário interposto (fls. 130 a 150) por meio do advogado Rafael Barbosa Figueiredo OAB/BA 26.086, inicialmente discorre sobre a infração, transcreve a ementa do julgamento pela 3ª JJE, cuja decisão entende deva ser reformada conforme passou a expor.

NULIDADE 1. Argumenta que a infração acusa falta de recolhimento do ICMS relativo a operações tributáveis, mas o cálculo do imposto exigido contém sérios equívocos, pois a base de cálculo é destoante dos valores efetivamente recebidos, que não representam os preços praticados, sendo majorados por razão desconhecida e que não é explicitada no Auto de Infração.

Alega que durante a fiscalização deveria ter sido oportunizado questionar os valores indicados como base de cálculo do ICMS, evitando a constituição de crédito tributário com erros de cálculo e de interpretação, dificultando o exercício do direito de defesa, que constitui garantias fundamentais previstas no art. 5º, LV da CF/88, preterindo o direito de defesa, o que conduz a nulidade nos termos do art. 18, II do RPAF-BA.

NULIDADE 2. Reapresenta os argumentos defensivos de que sobre as operações de venda de mercadoria não foi aplicado a alíquota do ICMS (18% ou 19%) e sim sobre um outro valor majorado, que não foi explicitada a exemplo do demonstrativo, que a fiscalização indicou o valor de cada nota fiscal, mas considerou como base de cálculo um valor superior ao constante na nota fiscal indicado na coluna intitulada “Valor Total da NF-e” e “Base de Cálculo do ICMS”.

Cita como exemplo, a Nota Fiscal nº 1322 de 17/01/2023 com valor de R\$ 67.500,00 e que a fiscalização cobrou ICMS sobre o valor de R\$ 82.317,07 no demonstrativo do Auto de Infração.

Ressalta que o fato se repetiu em todas as outras notas fiscais objeto da autuação fiscal, cujo procedimento implica em cobrança de ICMS sobre um valor acima do que foi efetivamente recebido pelo autuado, com base de cálculo majorada, sem previsão legal, que não reflete a realidade dos fatos objeto da autuação o que acarreta a nulidade do Auto de Infração por ausência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF-BA. Requer que seja declarado nulo o Auto de Infração.

MÉRITO. Argumenta que a fiscalização na apuração da base de cálculo do ICMS majorou indevidamente o preço da operação de circulação de mercadoria, sem respaldo na legislação, tendo em vista que o art. 17, I da Lei nº 7.014/96 e o art. 13, I da LC 87/96, estabelece que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação.

Transcreve parte do voto ora recorrido que fundamentou que o *“ICMS integra a sua própria base de cálculo, sendo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle”*, que entende não se aplicar a situação em questão, visto cobra ICMS sobre valores não recebidos pelo contribuinte.

Transcreve decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 593849/2017), em caráter de repercussão geral e com efeito vinculativo, que a base de cálculo do ICMS deve ser o efetivo preço da operação final praticada pelo contribuinte na realidade.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em caso de não destaque do ICMS na nota fiscal (tal como ocorreu no presente caso), reconhecendo que o imposto somente pode ser cobrado sobre o valor da operação final (valor da nota fiscal). Diz que o tema já foi apreciado pelo Conselho de Fazenda do Estado da Bahia (CONSEF/BA) nos Acórdãos nºs 0040-13.12, 0091-13.12 e 0299-13.13, da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, nos quais foram proferidos votos divergentes adotando o entendimento do STJ no sentido de que mesmo quando não destacado o imposto, a base de cálculo deve se limitar ao valor da nota fiscal (valor da operação).

Argumenta que na Decisão recorrida foi justificado que não poderia aplicar precedentes jurisprudenciais por ser órgão Julgador Administrativo (art. 167 do RPAF/BA), sem indicar o dispositivo da legislação estadual e que o julgado do STF no RE 593849 tem repercussão geral com efeito vinculativo de que *“a base de cálculo do ICMS deve ser o efetivo preço da operação final praticada pelo contribuinte na realidade”* e não pode deixar de ser considerado.

CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. Destaca que na situação presente por não ter recolhido o ICMS sobre operações de venda, a fiscalização entendendo que a operação é tributada adicionou o imposto ao valor da operação, contrariando o entendimento jurisprudencial do STF e do STJ.

Afirma que não há dúvidas de que o STF já reconheceu que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, conforme trecho transcrito do RE 212209 e de doutrinadores (Curso de Direito Tributário/Paulo de Barros Carvalho/2005), porém que paga o tributo na realidade é o consumidor final, tendo em vista que o valor destacado no documento fiscal resulta em crédito por parte do adquirente, cujo ônus recai no fim da cadeia pelo consumidor final.

Argumenta, que na situação presente, não destacou o imposto na nota fiscal, não tendo recebido o valor do ICMS do adquirente e não pode ser penalizado com a majoração da base de cálculo, arcando com o valor (imposto) não recebidos pelo contribuinte, indo de encontro a sua capacidade contributiva, transformando a majoração em uma sanção aplicada ao contribuinte.

ABUSIVIDADE DA MULTA. Argumenta que além de ser penalizado com a majoração da base de cálculo, arcando com ICMS sobre valor não recebido (riqueza não auferida), é aplicada multa com percentual de 60% (sessenta por cento) que se revela abusiva e inconstitucional por ofensa aos artigos 37 e 150, inciso IV da CF/88.

Por representar mais da metade do valor da infração entende configurar em verdadeiro confisco, frisando que o STF negou provimento ao AgRE interposto pela União (Fazenda Nacional) no RE 523.471, reconhecendo (i) que o princípio constitucional da vedação ao confisco se aplica às multas, e não apenas aos tributos, e (ii) a abusividade de multa de 60%, que ultrapassa e muito o valor declarado inconstitucional pelo STF. Requer que a multa seja ela reduzida a percentuais condizentes com o entendimento exarado pelo STF.

Conclui requerendo reconhecimento da nulidade ou improcedência do Auto de Infração, por ter sido cerceado o direito de defesa; insegurança quanto à infração imputada; utilizar método de cálculo equivocado para apurar o ICMS exigido; cobrança de ICMS sobre base de cálculo majorada; reconhecida a improcedência do Auto de Infração, em razão do entendimento de que o

ICMS deve ser calculado sobre o valor da operação; cobrança de ICMS sobre valores que não foram recebidos em ofensa à capacidade contributiva e utilização do tributo para fins sancionatórios. Reconhecimento de que a multa aplicada no percentual de 60% é excessivamente abusiva e confiscatória, devendo ser cancelada, ou reduzida a um patamar razoável.

Requer que o processo seja convertido em diligência, em respeito ao princípio da verdade material, nos termos do artigo 145 do RPAF/BA, assegurando o direito à produção de prova em Direito admitidos, incluindo juntada de documentos para comprovar que o cálculo realizado pela fiscalização está equivocado.

VOTO

O Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, relativo à comercialização de mercadorias (petróleo bruto) com NCM 2710.1929, para consumidores finais, que foi julgado procedente em decisão de primeira instância.

Inicialmente quanto ao pedido de realização de diligência fiscal, nego provimento o pedido, com base no art. 147, I, "a" do RPAF/BA tendo em vista meu convencimento sobre a presente lide.

No Recurso Voluntário interposto em termos gerais foi alegado:

1. Nulidade da autuação por não entender como chegou aos valores que constituiu a base de cálculo, preterindo o direito de defesa;
2. Improcedência em razão da:
 - i) divergência dos valores recebidos e da base de cálculo constituída;
 - ii) ilegalidade da majoração indevida da base de cálculo;
 - iii) reconhecimento da jurisprudência de impossibilidade da majoração da base de cálculo.
3. Porcentual abusivo da multa de 60%, que deve ser cancelada ou reduzida.

NULIDADE. Quanto a nulidade suscitada, constato que na decisão proferida em primeira instância foi fundamentado que o sujeito passivo compreendeu a infração e se defendeu, não ocorrendo o alegado preterição do direito de defesa.

Constato que a infração descreve que a empresa não efetuou lançamento do ICMS sobre as operações de comercialização de mercadorias, com suporte no demonstrativo de fls. 14 a 24, no qual indica o número das notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado, o valor da operação, base de cálculo, alíquota e valor do imposto devido.

Na impugnação inicial o sujeito passivo apresentou argumentos, citou decisões de Tribunais Superiores, do TJ/BA e do CONSEF sobre a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, inclusive citando dispositivos da legislação tributária (LC nº 87/1996 e Lei nº 7.014/1996) que entende se aplicar as operações autuadas, contrapondo o procedimento adotado pela fiscalização.

Assim sendo, diante dos demonstrativos elaborados pelo autuante, restou comprovado que o autuado demonstrou que entendeu como os cálculos foram feitos, inexistindo o alegado preterição do direito de defesa, visto que possibilitou exercer o contraditório, como o fez e não implica em nulidade do lançamento nos termos do art. 19 do RPAF/BA, de acordo com o art. 121, I do RPAF/BA. Fica rejeitada a nulidade suscitada.

Com relação a nulidade suscitada sob o argumento de incorrer em equívoco na constituição da base de cálculo, exigindo ICMS sobre valores divergentes do que foi recebido na operação de venda de mercadorias, entendo que se trata de razões de mérito, que passo a apreciar.

MÉRITO. Quanto ao argumento de que foi exigido o ICMS com base de cálculo majorada em relação a operação de comercialização praticada e contrariando a jurisprudência observo que de acordo com os elementos constantes do processo.

Tomo como base a Nota Fiscal nº 1322 de 17/01/2023, indicada na fl. 23 do demonstrativo elaborado pela fiscalização, com valor de R\$ 67.500,00 e que a fiscalização cobrou ICMS sobre o valor de R\$ 82.317,07.

Como o autuado em operação de comercialização de petróleo com NCM 2710.1929 em operação tributada pelo ICMS, não destacou o imposto, a fiscalização promoveu a integração a base de cálculo, ou seja, para aplicação da alíquota de 18%, dividiu o valor de R\$ 67.500,00 por 0,82 que resultou em base de cálculo de R\$ 82.317,07, que aplicado alíquota de 18% resultou em valor devido de R\$ 14.817,07.

A fiscalização aplicou o disposto no art. 17, § 1º, I da Lei nº 7.014/1996, e o recorrente entende que não tendo tributado a operação, a base de cálculo deveria ser de R\$ 67.500,00 x 18% que resulta em valor devido de R\$ 12.150,00 e não o exigido de R\$ 14.817,07.

Conforme esclarecido na informação fiscal, contextualiza-se que;

- i) O Autuado tem como atividade econômica principal, o Comércio Varejista de Outros Produtos não Especificados Anteriormente, CNAE 4789-0/99 e diversas atividades secundárias, a exemplo do CNAE 1922-5/02 – Re-refino de óleo lubrificantes;
- ii) Adquire Petróleo Bruto, NCM 27090010 de produtores de petróleo localizado em outras unidades da Federação, com não incidência do ICMS (art. 155, § 2º, X, “b” da CF);
- iii) Comercializa os produtos sem destaque do ICMS, operação tributada, visto que às saídas internas de petróleo em estado bruto é contemplada com diferimento “*da saída do estabelecimento extrator com destino a estabelecimento extrator ou refinador*”, nos termos do art. 286, XIII do RICMS-BA.

As operações autuadas não são contempladas com diferimento visto que o sujeito passivo não exerce atividade de extração e sim de aquisição em operação interestadual contemplada com imunidade e as operações não foram destinadas a estabelecimento **extrator ou refinador**.

Pelo exposto, entendo que em se tratando de operações de vendas internas de petróleo e derivados, adquiridos em outros Estados, sem pagamento do ICMS (operação imune), produtos contemplados com diferimento, mas que não há previsão legal de desoneração do ICMS, visto que o diferimento previsto para destino a estabelecimento **extrator ou refinador**, não se aplica as operações objeto da autuação, é cabível a aplicação do disposto no art. 13, § 1º, I da LC 87/1996 e art. 17, § 1º, I da Lei nº 7.014/1996, como decidido na Primeira Instância, abaixo transcrito em parte:

Observe que em relação à determinação da base de cálculo do ICMS, a Lei complementar nº 87/96, determina que:

LC 87/96:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é

[...]

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V, IX e X do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

Lei 7.014/96

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

[...]

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos VI, XI e XI-A do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

Analisando os dispositivos legais acima reproduzidos, verifica-se que o ICMS é um imposto por dentro, ou seja, o seu montante integra a própria base de cálculo, sendo o respectivo destaque mera indicação para fins de

controle. Assim, no seu cálculo está incluído o valor do tributo em sua própria base de cálculo.

No caso de mercadorias colocadas à disposição de consumidores em geral, o contribuinte define o preço de venda ao consumidor embutindo o ICMS neste preço, e se não integrar o ICMS na sua própria base de cálculo, estará reduzindo o valor correspondente ao imposto calculado e produzindo uma base de cálculo menor, procedimento que contraria a legislação vigente.

Os preços estabelecidos pelo contribuinte são os consignados nos documentos fiscais quando das operações de vendas de mercadorias ou prestações realizadas; sobre eles é calculado o ICMS devido, mediante a aplicação da alíquota cabível, e o destaque do imposto no documento fiscal constitui em mera indicação para fins de controle, tudo em conformidade com o art. 13, § 1º, I, da LC 87/96, já reproduzido neste voto.

No caso em exame, o autuado utilizou o valor que entendeu não haver incidência do ICMS, por isso, é correto admitir-se que o defendente não integrou o imposto na sua própria base de cálculo, o que resultou no procedimento realizado pela Fiscalização.

Assim, quando o autuado não integrou o ICMS na sua própria base de cálculo, por realizar operações com mercadorias sem incidência do imposto, reduziu a base de cálculo, subtraindo dessa, o valor correspondente ao imposto calculado, o que resultaria numa base de cálculo menor e sobre ela não poderia incidir a alíquota correspondente, porque esse procedimento contraria a legislação tributária vigente neste Estado.

Concluo que a sistemática utilizada pelo autuante está respaldada na legislação pertinente à matéria, inexistindo majoração ou imposição fictícia da base de cálculo, como alegou o defendente.

Quanto ao argumento de que o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia (CONSEF/BA) nos Acórdãos nºs 0040-13.12, 0091-13.12 e 0299-13.13, fizeram apreciação das decisões proferidos pelo STJ no sentido de que mesmo quando não destacado o imposto, a base de cálculo deve se limitar ao valor da nota fiscal, observo que se trata de VOTOS DIVERGENTES, que não representa jurisprudência do CONSEF.

No que se refere a decisão contida no RE 593849/2017 julgado pelo STF que por se tratar de caráter de repercussão geral deva produzir efeito vinculativo, entendo que aquela decisão não se coaduna com a questão da base de cálculo da situação presente em questão.

No citado RE foi decidido que se o contribuinte promoveu o pagamento do ICMS-ST com base de cálculo presumida menor do que o valor da operação praticada, fica assegurado a restituição do imposto pago a menos. Ou seja, o ICMS já integrou a base de cálculo do imposto pago antecipado e ao comercializar o produto com valor menor do que a que foi presumida, é assegurado o direito de restituição. Nesse caso, tanto na operação do pagamento do imposto por antecipação como no ato da comercialização, o ICMS integrou a base de cálculo.

Já na situação em questão, não houve pagamento de ICMS na operação de aquisição (imune) e não foi tributada a operação objeto da autuação que é tributada, ou seja, o ICMS não integrou a base de cálculo que foi promovida na exigência fiscal.

Ainda quanto ao argumento de que não destacou o imposto na nota fiscal, nem recebeu o valor do ICMS do adquirente e não pode ser penalizado com a majoração da base de cálculo, ressalto que conforme apreciado anteriormente o ICMS integra a própria base de cálculo e que em situação idêntica que um outro contribuinte pratique a mesma operação interna, que foi feita pelo estabelecimento autuado e tenha tributado a operação, corresponde ao valor da mercadoria mais o imposto, enquanto a praticada pelo sujeito passivo tem ônus só do valor da mercadoria, o que certamente configura concorrência desleal. Logo, não acolhido o argumento.

Com relação a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1190858/BA/2010), observo que no lançamento foi aplicado o disposto no art. 17, § 1º, I da Lei nº 7.014/1996 (integração do ICMS a própria base de cálculo) e nos termos do art. 167 do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade; questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida ou a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

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 nº 7.014/96, portanto é legal. Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 3), se atendido as condições

estabelecidas no art. 45 do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de 70%, 35% e 25%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode haver ônus da multa aplicada menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração. Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I do RPAF/BA não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Face ao exposto voto pelo NÃO 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 **269354.0023/23-9**, lavrado contra **BIOMAZZA GESTÃO DE RESÍDUOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.148.634,54**, 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, 10 de março de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS