

A. I. Nº - 207103.0001/15-3
AUTUADO - TIGRE SA TUBOS E CONEXÕES
AUTUANTES - LINDINALVA RODRIGUES DA SILVA e LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07/03/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0016-03/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** IMPOSTO RELATIVO AO SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA COM A CLÁUSULA FOB. Infrações 01 e 02 reconhecidas. **b)** OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. BASE DE CÁLCULO FIXADA. CÁLCULO SUPERIOR À LEI COMPLEMENTAR. Infração 04 Infração subsistente. **c)** AQUISIÇÕES DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO. Infração 05 parcialmente subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. **a)** SERVIÇO DE TRANSPORTE. Infração 03 parcialmente subsistente. **b)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração 06 parcialmente subsistente. **c)** VENDAS DE MERCADORIAS PARA NÃO CONTRIBUÍNTES. UTILIZAÇÃO DE DIFAL INTERESTADUAL. Infração 09 reconhecida. **d)** SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. ALÍQUOTA DIVERSA. Infração 10 reconhecida. 3. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR. **a)** PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTES INTERESTADUAL X INTERMUNICIPAL. EMPRESA NÃO ESCRITA NO ESTADO. Infrações 07 e 08 reconhecidas. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. ERRO DA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE INCLUSÃO DE DESPESAS NO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte não logra elidir a acusação fiscal. Infração caracterizada. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/01/2015, para exigir o ICMS no valor de R\$752.823,89, através das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.68. Utilização indevida, na condição de remetente da mercadoria, crédito fiscal de ICMS relativo a frete de mercadorias em saídas por transferências a preço FOB, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$119.263,08, acrescido multa de 60%.

Consta como complemento: “A Tigre utilizou créditos de ICMS nos livros de Registros de Entradas, posteriormente os valores foram transcritos para os livros de RAICMS, provenientes de sucessivas prestações de serviços de transportes interestaduais, junto à TMC Transporte Multimodal de Cargas Ltda., CNPJ 02.350.315/0003-56, e Limeira Logística e Armazéns Gerais Ltda., CNPJ 04.084.098/0004-06, condição FOB que acobertaram operações de transferências de mercadorias”;

Infração 02 - 01.02.68. Utilização indevida, na condição de remetente da mercadoria, de crédito fiscal de ICMS relativo a frete de mercadorias em saídas por transferências a preço FOB, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora, nos meses janeiro de dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$23.899,13, acrescido da multa de 60%;

Consta que “A tigre apurou os créditos e os débitos dos ICMS nos demonstrativos de aquisições dos serviços de transportes, provenientes de tomadas sucessivas de prestações de serviços de transportes interestaduais, junto à TMC transporte multimodal de cargas Ltda, CNPJ 02.350.315/0003-56, e Limeira Logística e Armazéns Gerais Ltda., CNPJ 04.084.098/0004-06, condição FOB, que acobertaram as operações de transferências de mercadorias. Posteriormente lançou os créditos nos respectivos livros de apuração dos ICMS, no campo outros créditos - serviço de transporte - TMC Transportes Ltda. quanto aos débitos apurados foram recolhidos mediante DAEs com o código 1632. Por isso, na planilha demonstrativo de créditos indevidos elaborada pela ação fiscal, os créditos indevidos, ora cobrados, foram apurados abatendo-os dos débitos já recolhidos pela Tigre. Este crédito indevido decorre da opção de apuração do ICMS adotada pelas transportadoras TMC e Limeira, que fez opção pelo crédito presumido. A tigre na apuração do ICMS, aplicou alíquota pertinente sobre a base de cálculo de 100%, se creditando destes valores. e aplicou alíquota pertinente sobre a base de cálculo em 80%, e apurou o débito. Anexo II. Fato Gerador”;

Infração 03 - 06.03.01. Falta de recolhimento ICMS referente a diferença de alíquota na utilização de Serviço de Transporte cuja prestação teve início em outra unidade da Federação, não sendo vinculada a operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$ R\$6.587,70, acrescido da multa de 60%;

Consta como Complemento que “A Tigre ao adquirir material para uso ou consumo; receber em devolução mercadoria ou bem remetido para conserto; vasilhame em retorno em operações interestaduais não realizou, ou realizou a menor a apuração e o pagamento da diferença de alíquota dos respectivos fretes - condição FOB - sendo o tomador do serviço, que acobertaram as mercadorias ou os bens, que não estão vinculados a operações subsequentes alcançadas pela incidência do ICMS.”

Infração 04 - 01.02.23. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$370.433,07, acrescido da multa de 60%;

Consta que “A Tigre ao receber em transferências interestaduais conjuntos para irrigação, ou componentes para conjuntos de irrigação, creditou-se de 7% e/ou 12% de ICMS, descumprindo o que dispõe a cláusula segunda do Convênio ICMS 52/91, que estabelece a redução da base de cálculo do ICMS nas operações com implementos agrícolas arrolados no anexo II deste convênio, ao qual estão contemplados os conjuntos de irrigação recebidos e posteriormente vendidos pela Tigre, de forma que a carga tributária seja equivalente a 4,1% (e não 7%) nas operações oriundas do sul e sudeste com destino para destinatários localizados no nordeste. Já nas operações do nordeste, no caso de escada em Pernambuco para Camaçari na Bahia - nordeste, a carga tributária é equivalente a 7% (e não 12%), quando os conjuntos de irrigação são destinados para contribuintes do imposto, no caso a Tigre. A Tigre ao receber os elementos que compõem os conjuntos de irrigação, sabe que os revenderá para projetos de irrigação, sendo conhecedor da destinação das mercadorias, pois inclusive todos os elementos são denominados para irrigação - nas NFs em transferências. Também os produtos para irrigação têm códigos próprios adotados pela Tigre, e o produto é diferenciado dos produtos destinados a construção civil, enquanto aqueles tem cor azul, estes últimos são brancos, com exceção dos tubos corrugados que são marrons”;

Infração 05 - 01.02.02. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de abril a junho, setembro, novembro e dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$6.553,52, acrescido da multa de 60%;

Consta como complemento que “Complemento: A Tigre creditou-se indevidamente de ICMS nas aquisições interestaduais de materiais de uso e/ou consumo do estabelecimento. Como fresa cônica - solução de limpeza - Butanona - hipoclorito de sódio”;

Infração 06 - 06.02.01. Falta de recolhimento ICMS referente à diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de abril, maio, setembro, novembro e dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$10.473,98, acrescido da multa de 60%;

Consta como complemento que a “A Tigre creditou-se indevidamente de ICMS nas aquisições interestaduais de materiais de uso e/ou consumo do estabelecimento. Como fresa cônica - solução de limpeza - Butanona - hipoclorito de sódio”;

Infração 07 - 07.09.02. Retenção e recolhimento a menos o do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, nos meses de janeiro a outubro de 2013. Exigido o valor de R\$357,46, acrescido da multa de 60%;

Consta como complemento que “A Tigre reteve e recolheu a menor os ICMS nas prestações de serviços de transportes sucessivas e interestaduais nas tomadas das prestações junto à Limeira Logística e Armazenagens Gerais Ltda., CNPJ 04.084.098/0004-06, na condição de substituto tributário, tendo aplicado a alíquota de 4% e não 12%”;

Infração 08 - 07.09.03. Falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, nos meses maio, julho e dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$4.462,85, acrescido da multa de 60%;

Consta como complemento que “A Tigre revestido na figura de contribuinte substituto e na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, nas sucessivas tomadas de prestações de serviços de transportes interestaduais, condição CIF, junto às transportadoras inscritas no cadastro da SEFAZ/BA, Limeira Logística Ltda., CNPJ 04.084.098/0004-06, e TMC Transporte Multimodal Ltda., CNPJ 02.350.315/0003-56 não reteve nem recolheu os respectivos ICMS. Infringiu os arts. 380, inciso II, parag. 3º e 4º; e 382, inciso I; 126, inciso II; art. 62 do RICMS/BA - Dec. 6284/97. Infringiu os arts. 298, inciso II, §2º, inciso I, alínea “a”, e §5º, inciso I do Dec. 13.780/2012 referente aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/04/2012. Infringiu o arts. 8º, inciso V; 17º, inciso VIII, 34, inciso III da Lei 7.014/96 aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/04/2012”;

Infração 09 - 03.02.07. Recolhimento a menos de ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da federação, utilizando alíquota interestadual, nos meses de janeiro a agosto e dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$4.587,35, acrescido da multa de 60%;

Consta como complemento que “A Tigre ao efetuar vendas interestaduais de mercadorias para não contribuintes aplicou alíquota de 12% ao invés de 17%. Nas operações de vendas interestaduais para empresas inscritas nos cadastros das fazendas estaduais como empresa de construção civil deve-se observar o seguinte, RICMS/BA - Dec. 6.284/97: art. 50. As alíquotas do ICMS são as seguintes: §5º - somente será aplicada a alíquota de 12% nas operações e prestações interestaduais destinadas a empresa de construção civil contribuinte do ICMS se esta fornecer ao remetente cópia reprográfica devidamente autenticada do atestado de condição do contribuinte do ICMS, conforme modelo anexo ao Convênio ICMS 137/02, que terá validade de até 1 (um) ano (Conv. ICMS 137/02). A Tigre infringiu o art. 15, inciso I, alínea “b”, da Lei 7.014/96, para os fatos

geradores ocorridos a partir de 01/04/2012. Referente às empresas de perfuração de poços, este serviço está contemplado na lista de serviços - item 7.02 - anexa à Lei Complementar nº 116 de 31/07/2003. Logo as aquisições de mercadorias nas operações interestaduais devem ser aplicada a alíquota interna do estado de origem - no caso da Tigre Camaçari - 17%, e não 12%”;

Infração 10 - 03.02.07. Recolhimento a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de nos meses de janeiro a agosto de 2013. Exigido o valor de R\$4.836,80, acrescido da multa de 60%;

Consta como complemento que “A Tigre ao realizar operações de vendas interestaduais a não contribuintes aplicou alíquota de 4% e não 17%. Nas operações de vendas interestaduais para empresas inscritas nos cadastros das fazendas estaduais como empresa de construção civil deve-se observar o seguinte, RICMS/BA - Dec. 6.284/97: art. 50. As alíquotas do ICMS são as seguintes: par. 5º - somente será aplicada a alíquota de 12% nas operações e prestações interestaduais destinadas a empresa de construção civil contribuinte do ICMS se esta fornecer ao remetente cópia reprográfica devidamente autenticada do atestado de condição do contribuinte do ICMS, conforme modelo anexo ao Convênio ICMS 137/02, que terá validade de até 1 (um) ano (Conv. ICMS 137/02). A Tigre infringiu o art. 15, inciso I, alínea “b”, da Lei 7.014/96, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/04/2012. Referente às empresas de perfuração de poços, este serviço está contemplado na lista de serviços - item 7.02 - anexa à Lei Complementar nº 116 de 31/07/2003. Logo as aquisições de mercadorias nas operações interestaduais devem ser aplicada a alíquota interna do estado de origem - no caso da Tigre Camaçari - 17%, e não 12%”;

Infração 11 - 12.01.01. Recolhimento a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$201.368,95, acrescido da multa de 60%;

Consta como complemento: que a “A Tigre não integrou à base de cálculo das operações de importações as despesas aduaneiras. A Tigre infringiu além dos dispositivos citados, estes: art. 4º, inciso IX; art. 5, § 1º, inciso I; art. 15, inciso I, alínea “d”; art. 17, inciso VI, da Lei 7.014/96”.

O autuado apresenta peça defensiva, fls. 463 a 480, informando inicialmente que reconhece as infrações 01, 02, 07, 08, 09 e 10, as quais serão integralmente e que liquidará parcialmente as infrações 03, 05, 06 e 11 e que contestará integralmente a infração 04.

Em relação às infrações 03, 05 e 06 - Crédito indevido de ICMS e ausência de recolhimento do “ICMS - Diferencial de alíquota” decorrente da utilização de serviço de transporte de mercadoria não vinculada a operação subsequente e da aquisição de mercadorias para o uso e consumo, observa que consta como motivação dessas infrações que o estabelecimento autuado adquiriu para o seu uso e consumo os bens indicados nos Anexos III, V e VI da autuação (docs. 6 a 8), (i) deixando de recolher o “ICMS – Diferencial de alíquota” supostamente devido pelo serviço de transporte destes bens; (ii) creditando-se do ICMS incidente sobre a saída desses bens do estabelecimento remetente; e (iii) deixando de recolher o “ICMS - Diferencial de alíquota” incidente sobre a entrada desses bens em sua filial baiana.

Afirma que estas exigências são indevidas com relação às operações de aquisição de “REB.ELETR 79146630 FRESA CONICA 11 FIOS”, declarando que os demais valores exigidos serão recolhidos, doc. 9, fls. 519 e 520 - Nota fiscal que aparelhou a entrada das “Fresas”.

Assevera que, ao contrário do assinalado pela fiscalização estadual, os referidos bens não são bens de uso e consumo, consubstanciando-se em produtos intermediários utilizados na industrialização das mercadorias comercializadas pela Impugnante. Diz que nesta hipótese, (i) não incide “ICMS – Diferencial de alíquota” sobre o serviço interestadual de transporte destes bens, pois estão vinculados às operações subsequentes alcançadas pela incidência do ICMS; (ii)

admite-se o creditamento do ICMS decorrente da aquisição destes bens, nos termos do princípio da não-cumulatividade; e (iii) não incide “ICMS - diferencial de alíquota”, pois não se trata de operações de venda de mercadorias para consumidor final contribuinte do ICMS, nos termos do art. 155, §2º, VII, “a” e VIII da Constituição da República, e do art. 4º, XV da Lei estadual 7.014/96.

Lembra que, sob a vigência do Convênio ICMS 66/88 e em razão do disposto em seu art. 31, III, o STJ firmou entendimento no sentido de que “a aquisição de produtos ou mercadorias que, apesar de integrarem o processo de industrialização, nele não eram completamente consumidos e nem integravam o produto final, não gerava direito ao creditamento do ICMS” (STJ – 2ª Turma – AgRg no AI 929.077 – Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES – DJe 12/9/2008). Prossegue declarando que esta interpretação refletia o conceito que, até então, era adotado para o produto intermediário, com espeque no Parecer Normativo PROFIS 1/81 e no Regulamento do IPI aprovado pelo Dec. 70.162/72, cujo art. 32, I dispunha que “Os estabelecimentos industriais e os que lhes são equiparados poderão creditar-se do imposto: I - Relativo a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, importados ou de fabricação acional, recebidos para emprego na industrialização de produtos tributados, por estabelecimento industrial ou pelo estabelecimento a que se refere o inciso III do §1º do art. 3º, compreendidos, entre as matérias-primas e produtos intermediários, aqueles que, embora não se integrando no novo produto, forem consumidos, imediata e integralmente, no processo de industrialização”.

Explica que, em razão da alteração das referidas legislações, modificou-se o conceito de produto intermediário.

Revela os Regulamentos do IPI aprovados pelos Decretos 4.544/02 e 7.212/10 passaram a admitir o creditamento “do imposto relativo à matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluindo-se, entre as matérias-primas e os produtos intermediários, aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente” (arts. 164, I e 226, I, ou seja, retirou-se a necessidade de o produto intermediário ser consumido imediata e integralmente no processo de industrialização).

Registra que a Lei complementar 87/96 - e tampouco, a Lei estadual 7.014/96 -, por sua vez, também não veiculou esta exigência, condicionando o direito ao crédito do ICMS o emprego do produto intermediário no processo de industrialização.

Afirma que desse entendimento não discrepa o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ/BA) e tampouco o CONSEF, citando como exemplos o entendimento da 1ª Câmara Cível do TJ/BA no TJ/BA - 1ª Câmara Cível - ED 0122742-05.2006.8.05.0001 – Rel. Desª. SARA SILVA DE BRITO - DJe. 25/7/2012 e a decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF no Acórdão CJF Nº 0059-12/14.

Cita Observa que duas características fundamentais definem o produto intermediário: (i) a sua utilização para a consecução da atividade fim da empresa; e (ii) a sua integração ou consumo - mediato ou imediato - em razão de sua aplicação nessa atividade, o que abarca também o desgaste ou a perda de sua propriedade, que, insiste-se, não precisa ser imediata. Pondera ser evidente que este produto não pode integrar o ativo permanente da empresa. Continua explicando que a diferença dos produtos intermediários dos bens de uso e consumo é justamente a sua utilização na consecução da atividade fim da empresa.

Diz que de acordo com essas premissas conceituais, é inegável que a “REB.ELETR 79146630 FRESA CONICA 11 FIOS” é produto intermediário, vinculado às operações subsequentes alcançadas pela incidência do ICMS. Pontua que conforme se verifica pelos documentos anexos, doc. 13, fls. 552 a 563, ela é produto indispensável à feitura das “roscas” de “tubos de PVC roscáveis” que industrializa.

Esclarece que durante o processo de industrialização de “tubos roscáveis”, uma das etapas essenciais desse processo é, evidentemente, o procedimento que torna esses tubos roscáveis. E isso é realizado pela sobredita “fresa”, que entra em contato direto com o tubo, confeccionando a rosca. Reafirma que a “fresa” é aplicada diretamente na industrialização das mercadorias comercializadas, sendo imprescindível para este fim, ou seja, sem a “fresa”, é impossível fabricar “tubos roscáveis”. Diz também ser incontestável que a “fresa”, conforme é utilizada na fabricação dos “tubos de PVC”, sofre desgaste, ou seja, é consumida, até o momento em que perde as suas propriedades e é descartada. Destaca a caracterização do produto intermediário, revelando que este consumo, em que pese depender do ritmo de produção de cada unidade fabril, em regra demora 5 (cinco) meses nos estabelecimentos da Impugnante e que esse tempo seria ainda menor acaso a não utilizasse “fresas diamantadas”, que prolongam a vida útil do produto.

Sustenta que a “fresa” não se confunde com o maquinário utilizado para o seu funcionamento. É dizer, em que pese acopladas às máquinas (conforme releva as fotos constantes do doc. 14, fls. 552 a 563, a “fresa” não é mera peça de reposição dessas máquinas, em razão das sobreditas características (a foto em que consta a “fresa” apartada do maquinário afasta qualquer espécie de dúvida nesse sentido).

Explica que a “fresa” se assemelha em muito às “facas de corte” utilizadas pelas indústrias de papel, que já foram classificadas pelo CONSEF como produtos intermediários. Isso porque ambos os produtos (i) atuam em contato direto com a matéria-prima ou o próprio produto industrializado; e (ii) são acoplados em máquinas, o que, também no caso das “facas”, não as torna meras peças de reposição das máquinas de corte, e tampouco com estas se confundem, tal como reconheceu o CONSEF.

Assevera que, por estas razões, a “REB.ELETR 79146630 FRESA CONICA 11 FIOS” não é bem de uso e consumo, consubstanciando-se em produto intermediário utilizado na industrialização das mercadorias que comercializa. Continua frisando que, nesta hipótese, (i) não há incidência do “ICMS - Diferencial de alíquota” sobre o serviço de transporte destes bens, que estão vinculados às operações subsequentes alcançadas pela incidência do ICMS, a revelar a improcedência da Infração 03; (ii) admite-se o creditamento do ICMS decorrente da aquisição desses bens, a revelar a improcedência da Infração 05 do Auto de Infração; e (iii) não incide “ICMS - diferencial de alíquota” sobre essas operações, a revelar a improcedência da Infração 06.

Menciona que a controvérsia cinge-se em saber se a referida “fresa” é produto intermediário ou bem de uso e consumo, o que depende da utilização desse produto em seu processo produtivo, o que perpassa também pelas suas características técnicas.

Assinala que, caso não seja afastada, pelos motivos expendidos, esta infração, deve ser realizada perícia técnica por um Instituto Oficial para que sejam colhidas as informações necessárias à identificação da natureza do sobredito produto (se produto intermediário ou bens de uso e consumo). Formula os quesitos, fl. 469, para realização da perícia e indica o Sr. ERICO RODRIGO SCHIO, Engenheiro de Produção Mecânica, como seu assistente técnico, nos termos dos arts. 133 e 139 do Código Tributário Baiano

Ao tratar da Infração 04, lembra que a Cláusula segunda do Convênio ICMS 52/91, prevê redução da base de cálculo do ICMS incidente sobre (i) “as operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, inclusive Espírito Santo, com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito Santo”, de modo que a carga tributária seja reduzida de 7% para 4,1%; (ii) as demais operações interestaduais, reduzindo-se a carga tributária de 12% para 7%; e (iii) “operações interestaduais com consumidor ou usuário final, não contribuintes do ICMS, e nas operações internas”, de modo que a carga tributária seja equivalente a 5,60%.

Relata que no período de janeiro à dezembro de 2013 seus estabelecimentos paulista, catarinense e pernambucano remeteram mercadorias para o estabelecimento, ora autuado, localizado neste

Estado, com destaque do ICMS sem a redução da base de cálculo prevista naquele Convênio (ou seja, com destaque de ICMS à alíquota de 12% se oriundas de Pernambuco e 7% se provenientes de São Paulo e Santa Catarina) (doc. 16).

Declara que em vista disto, seu estabelecimento baiano (i) se creditou integralmente do ICMS destacado por ocasião da entrada daquelas mercadorias; e (ii), ao promover a saída destas mercadorias, tributou estas operações utilizando-se da redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91 - doc. 16, fls. 577 a 587.

Observa que a fiscalização estadual glosou parte do crédito de ICMS apropriado pelo estabelecimento baiano da Impugnante nas referidas operações, consistente na diferença entre (i) o imposto destacado nas notas fiscais de entrada das mercadorias (12% e 7%); e (ii) o ICMS devido pelo estabelecimento de origem por força da redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91 (7% e 4,1%), doc. 17, fls. 459 a 640, por entender que, independentemente do ICMS destacado nas notas fiscais de entrada das mercadorias, o direito à manutenção do crédito de ICMS remanesce apenas com relação ao imposto devido pelo estabelecimento de origem à luz do referido Convênio (ou seja, 7% e 4,1%, e não 12% e 7%).

Assevera que esta pretensão não merece prosperar porque o próprio Convênio ICMS 52/91 prevê, em sua Cláusula quarta, que “Fica dispensado o estorno do crédito do imposto relativo à entrada de mercadoria cuja operação subsequente seja beneficiada pela redução da base de cálculo de que trata o presente Convênio”. Arremata esclarecendo que, ao contrário do afirmado pela fiscalização estadual, seu estabelecimento baiano aplicou o referido Convênio, ao manter integralmente o crédito de ICMS no caso concreto, a despeito de concedido benefício fiscal na operação de saída.

Aliás, afasta-se desde já hipotética interpretação no sentido de que a referida Cláusula quarta limita a manutenção do crédito de ICMS ao imposto devido pelo estabelecimento de origem após a redução de sua base de cálculo. Ou seja, se a operação de origem foi tributada em 7% por força deste benefício, remanesceria o direito à manutenção do crédito de ICMS à alíquota de 7% (e não 12%).

Lembra que, por força do princípio da não-cumulatividade (art. 155, §2º, inciso I da Constituição da República), seria despicando a edição de convênio prevendo a possibilidade de creditamento do ICMS que incidiu na operação anterior. Menciona que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no que tange ao aproveitamento proporcional do crédito de ICMS nestas hipóteses (STF – Pleno – Emb. Decl. No RE nº 174.478 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJe. 29/5/2008).

Sustenta que, por força de autorização constitucional (art. 155, §2º, II da Constituição da República), a legislação pode excepcionar esta regra, admitindo a manutenção integral do crédito de ICMS decorrente da operação anterior, a despeito de a operação de saída ser agraciada com benefício fiscal. Prossegue observando que o Convênio ICMS 52/91 ser meramente pedagógico, prevendo consequência já insculpida no art. 155, §2º, I, da Constituição da República, pretendendo, isto sim, instituir exceção à esta regra, autorizando a manutenção integral do crédito de ICMS nas operações autuadas.

Registra que o estabelecimento baiano possui direito à manutenção do crédito de ICMS à alíquota de 12% nas operações de entrada oriundas de Pernambuco, e de 7% nas operações realizadas com os estabelecimentos paulista e catarinense, razão da improcedência da Infração 04. Assevera que o princípio da não-cumulatividade garante o direito à manutenção do crédito de ICMS por seu estabelecimento baiano.

Diz que, ao dispor sobre a tributação por meio do ICMS, o art. 155, §2º, inciso I da Constituição da República estabelece o princípio da não-cumulatividade. Lembra que, segundo esse princípio, nas oportunidades em que seu estabelecimento baiano recebeu de outros estabelecimentos um

conjunto de bens, realizou-se uma operação de entrada de mercadoria, razão porque nasceu o direito constitucional subjetivo de ela se apropriar do ICMS cobrado nesta operação como crédito.

Revela que a fiscalização estadual glosou parte do crédito de ICMS apropriado, ao argumento de que o estabelecimento de origem não observou a redução da base de cálculo prevista em Convênio, o que ensejou um creditamento a mais de ICMS pelo estabelecimento destinatário.

Menciona que a fiscalização estadual, ao determinar o estorno do crédito apropriado sob o referido argumento, acaba por dar interpretação equivocada ao art. 155, §2º, I da Constituição da República, mitigando, em razão disso, o verdadeiro alcance do princípio da não-cumulatividade. Revela que, ao explicitar o conteúdo do referido dispositivo constitucional, o art. 23 da Lei Complementar 87/96 prevê que o direito de crédito da *operação anterior* surge com o destaque dessa importância na documentação fiscal que acompanha a mercadoria. Arremata declarando que, basta que o ICMS devido na *operação anterior* seja destacado no correspondente documento fiscal para que o seu adquirente possa dele se creditar, não importando saber quando e *quantum* de ICMS será pago na origem.

Afirma que, se houve o destaque do ICMS por ocasião da remessa de mercadorias ao seu estabelecimento baiano à alíquota de 7% e 12%, em nenhuma hipótese poderia a fiscalização glosar o crédito desse imposto apropriado pelo estabelecimento baiano ao argumento de que o estabelecimento de origem deixou de reduzir a base de cálculo desse imposto.

Revela que se, por ocasião da saída das mercadorias, o estabelecimento de origem destacou o ICMS à alíquota de 12% e 7%, mas fixou a base de cálculo em montante superior àquele previsto no Convênio ICMS 52/91, tal circunstância não interfere na apropriação do correspondente crédito, posto que o estabelecimento de destino se apropria do ICMS destacado nas notas fiscais de saída.

Sustenta que mesmo interpretando literalmente o art. 155, §2º, inciso I da CF/88, melhor sorte não socorreria fiscalização estadual, uma vez que este preceito constitucional prevê expressamente o direito à apropriação do crédito de ICMS cobrado nas operações anteriores. Diz ser esta justamente a hipótese dos autos, eis que seus estabelecimentos paulista, catarinense e pernambucano recolheram o ICMS à alíquota de 7% e 12% (e não 4,1% e 7%), respectivamente.

Registra que mesmo se a Cláusula quarta do Convênio ICMS 52/91 não autorizasse a manutenção do crédito de ICMS glosado pela fiscalização estadual (o que não procede), o princípio da não-cumulatividade lhe assegura esse direito, o que revela a improcedência da infração 04.

Ao cuidar da Infração 11, declara que segundo consta da motivação desta infração, seu estabelecimento baiano não incluiu (i) o Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM); e (ii) os valores despendidos a título de capatazia/armazenagem na base de cálculo do ICMS devido em razão da importação de bens do exterior, bem como adotou taxa cambial incorreta para conversão dos valores devidos em moeda nacional, doc. 18, fls. xx a xx.

Afirma concordar com a fiscalização estadual, em relação ao ICMS cobrado em razão da importação objeto da DI 13/2426769-2, doc. 21, fls. 715 a 721, eis que de fato houve equívoco na composição da base de cálculo do referido imposto, pelo que serão recolhidos os valores exigidos, doc. 5, fls. 505 a 506.

Já a operação aparelhada pela DI 13/1080106-3 - doc. 22, fls. 723 a 743, em pese constar do ANEXO XI, não ensejou a cobrança de nenhum valor, a revelar o acerto de seu procedimento no recolhimento do ICMS devido nesta hipótese.

Assevera que as demais exigências objeto deste item da autuação não merecem prosperar, com exceção de parte do ICMS incidente sobre as operações aparelhadas pelas DIs 13/0549483-2 e 13/1012327-8, que será recolhida, doc. 5, fls. 504 e 505.

Explica que, conforme se verifica por meio das Declarações de importação - DIs das operações autuadas, doc. 19, fls. 650 a 697, tendo em vista o elevado volume das noticiadas Declarações de importação, junta aos autos, por ora, apenas as DIs 13/0178323-6, 13/0866763-5 e 13/1846438-4, postulando-se, desde já, a concessão do prazo de 10 dias para juntada das DIs remanescentes foram importadas sob o regime de entreposto aduaneiro, nos termos do art. 404 do Dec. 6.759/09e da Instrução normativa 241/02.

Menciona que por meio deste regime aduaneiro especial, permite-se a armazenagem das mercadorias importadas em local alfandegado, com a suspensão do pagamento dos tributos incidentes, até o seu ulterior desembaraço aduaneiro.

Diz que nestas hipóteses, o beneficiário do regime é o consignatário da mercadoria entreposta, que é responsável pela entrada da mercadoria oriunda do exterior e pelo seu armazenamento em local alfandegado, onde poderá permanecer por um período de até um ano (Instrução normativa 241/02), podendo, neste período, ser comercializadas a diferentes adquirentes, inclusive em lotes parciais, o que se opera por meio do registro da declaração de importação e dos atos que daí se segue.

Observa que neste regime há três indivíduos: (i) o exportador; (ii) o consignatário das mercadorias, que é responsável pela admissão das mercadorias e o seu depósito em local alfandegado; e (iii) o adquirente, que adquire as mercadorias depositadas neste local alfandegado.

Reafirma que na hipótese dos autos, diz ser a empresa HULTEC MERCOSUR LTDA - HULTEC a consignatária das mercadorias importadas, conforme se verifica nas respectivas (i) declarações de importação, especificamente nos conhecimentos de embarque -doc. 19, fls. 650 a 697; e (ii) nas declarações de admissão em entreposto aduaneiro, doc. 20, fls. 699 a 713.

Revela que a fiscalização estadual apurou que não foram incluídos na base de cálculo do ICMS incidente na importação os valores devidos a título de AFRMM e de capatazia/armazenagem, bem como se equivocou na adoção da taxa de câmbio.

Registra que não há indicação alguma no Anexo XI da autuação com relação à taxa de câmbio. Observa que, acaso alguma quantia esteja sendo cobrada a este título, a autuação é nula, pois não forneceu os elementos necessários à realização do contraditório e da ampla defesa.

Afirma que não merecem prosperar as referidas exigências decorrentes da ausência de inclusão na base de cálculo do ICMS do AFRMM e dos valores despendidos com capatazia/armazenagem.

Revela que os sobreditos valores são devidos e suportados pelo consignatário beneficiário do regime de entreposto, nos termos da Lei federal 10.893/04 e da Lei 12.815/13. Diz que, as referidas despesas aduaneiras não lhe são cobradas e tampouco debitadas, tal como exige o art. 17, inciso VI, alínea “e” da Lei 7.014/96.

Menciona que os arts. 4º e 10 da Lei federal 10.893/04 preveem que “O fato gerador do AFRMM é o início efetivo da operação de descarregamento da embarcação em porto brasileiro”; e que o “O contribuinte do AFRMM é o consignatário constante do conhecimento de embarque”, a afastar qualquer espécie de dúvida no sentido de que não é responsável pelo recolhimento dessa contribuição. Assinala que o mesmo se opera com as quantias despendidas com capatazia/armazenagem, que, nos termos do art. 40, §1º, I da Lei 12.815/13 compreendem, além da armazenagem no local alfandegado, a “atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário”. Remata que no citado regime de entreposto alfandegado estas atividades são todas de responsabilidade do consignatário da mercadoria. Assevera que como a HULTEC é a consignatária beneficiária do regime de entreposto, as noticiadas despesas são apenas por ela devidas e

suportadas, não havendo qualquer espécie de reembolso ou repasse destes valores. Sustenta que as, sobreditas exações não lhe são devidas, recolhidas e tampouco debitadas.

Lembra que a AFRMM e a taxa de capatazia são calculadas, respectivamente, sobre a (i) remuneração do transporte aquaviário - frete (art. 5º da Lei federal 10.893/04); e (ii) atividade de movimentação das mercadorias nas instalações dentro do porto (art. 40, §1º, I da Lei federal 12.815/13). Prossegue aduzindo que a base de cálculo de cada uma destas exações leva em consideração a magnitude das mercadorias importadas, isto é, o valor do frete e das atividades de movimentação das mercadorias será proporcional à extensão dos bens importados.

Afirma que por meio das noticiadas importações sob o regime de entreposto aduaneiro, a HULTEC não importou apenas as mercadorias que adquiriu. Revela que se comparando o peso bruto das mercadorias importadas pela HULTEC com o das que adquiriu, verifica-se que estas correspondem, em média, a menos de 5% do total dos bens importados pela HULTEC. Reproduz os trechos das declarações de importação, a título exemplificativo: DI 13/0178323-6, DI 13/0866763-5 e DI 13/1846438-4, fls. 476 a 477.

Menciona que, acaso prospere a autuação, recolherá o ICMS sobre despesas aduaneiras que, sequer decorreram da importação das mercadorias por ela adquiridas. Explica que o sobredito AFRMM e os valores devidos a título de capatazia/armazenagem decorreram do total dos bens importados pela HULTEC, que, insiste-se, não foram integralmente adquiridos por ele. Arremata sustentando que, como as referidas despesas aduaneiras são devidas e suportadas pela HULTEC, é evidente que estes valores são embutidos no preço da mercadoria por ele pago.

Observa que, como o valor pago pela aquisição da mercadoria compõe a base de cálculo do ICMS, é inquestionável que, indiretamente, este imposto também incidiu sobre os valores devidos a título de AFRMM e taxa de capatazia, proporcionalmente às mercadorias adquiridas. Diz ser flagrante a improcedência da Infração 11, com relação às apontadas DIs.

Afirma que as operações objeto das DIs 13/0549483-2 e 13/1012327-8 foram objeto de aquisições, respectivamente, das empresas alemãs KRAUSS MAFFEI TECHNOLOGIES GMBH e AZO GMBH & CO. KG, as mercadorias classificadas sob a NCM 8477.20.10 e 8428.20.90. Observa que, segundo a motivação constante desse item da autuação Infração 11, deixou de incluir na base de cálculo do ICMS as despesas aduaneiras, especificamente valores pagos a título de AFRMM e de capatazia/armazenagem, afora ter supostamente se equivocado na adoção da taxa de câmbio.

Informa não haver indicação do suposto equívoco afeto à taxa de câmbio e ter constatado que a fiscalização estadual, ao calcular o ICMS devido nestas operações, incluiu em sua base de cálculo (i) as despesas aduaneiras suportadas por ocasião da importação (que realmente, por um equívoco, foram computadas a menor pela Impugnante, razão do recolhimento parcial do ICMS cobrado - doc. 5, fls. 504 e 505; porém (ii) também desconsiderou a redução na base de cálculo do ICMS aplicada pela Impugnante, nos termos do Convênio ICMS 52/91, doc. 18, fls. 642 a 648.

Diz que à mingua de qualquer motivação, a fiscalização desconsiderou o apontado benefício fiscal, o que acarreta a nulidade da autuação com relação a estas operações. Afirma não saber se a fiscalização se equivocou ou se realmente considera o sobredito benefício fiscal inaplicável a estas hipóteses, quanto menos a razão para tanto. Registra que isso lhe impede o exercício do contraditório e da ampla defesa, devendo a autuação deve ser anulada, nesta parte.

Pondera que, acaso seja superada esta nulidade, verifica-se que a redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91 é aplicável ao caso concreto.

Observa que a Cláusula primeira do sobredito Convênio prevê a redução da base de cálculo do ICMS incidente sobre "...as operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente..." a (i) 5,14% "nas operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo,

com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito Santo...”; e (ii) 8,80% “nas demais operações interestaduais...”.

Aduz que quem em que pese o Convênio ICMS 52/91 prever que a redução da base de cálculo deve ser aplicada somente às operações internas e interestaduais, ele também deve ser aplicável às operações de importação.

Lembra que, nos termos do art. III, item 2 do GATT, “os produtos originários de qualquer parte contratante importados nos territórios de qualquer outra parte contratante gozarão de tratamento não menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional no que concerne a todas as leis, regulamentos e exigências que afetem sua venda, colocação no mercado, compra, transporte, distribuição ou uso no mercado interno”.

Diz que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que “Os produtos oriundos de países membros da OMC e, portanto, signatários do GATT, devem receber tratamento tributário igualitário em face do similar nacional” (STJ – 1ª Turma – AgRg no AREsp 216.185 – Rel. Min. SÉRGIO KUKINA – DJe 15/8/2013. Também nesse sentido: STJ – 1ª Turma – AgRg no AREsp 320.028 – Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES – DJe 3/2/2015). Continua frisando que desse entendimento não discrepa a SEFAZ que, em resposta a consulta tributária, assinalou que “Com base no art. 266, inciso I, alínea “a” do RICMS-BA/12 c/c o Anexo Único do Convênio ICMS 52/91, as importações do produto “impressora offsete”, NCM 8443.13.90, constante no item 32.6 do Anexo Único do supracitado Convênio, são contempladas com a redução de base de cálculo do ICMS de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80 %”, doc. 26, fls. 788 a 778.

Declara que na hipótese dos autos: (i) ambos os bens importados são originados da Alemanha, país signatário do GATT; e, além disto, (ii) conforme se verifica nos item 60.7 e item 24.3 do Anexo I do Convênio ICMS 52/91, estas as mercadorias estão sujeitas à redução da base de cálculo prevista nesse Convênio (NCMs 8477.20.10 e 8428.20.90). Arremata frisando que o ICMS devido nestas operações deve corresponder a 8,80% do montante devido, nos termos da Cláusula primeira, I, ‘b’ do Convênio ICMS 52/91, a revelar o desacerto da autuação.

Conclui querendo o acolhimento da presente impugnação, nos seguintes termos.

(i) julgar improcedente a Infração 03, reconhecendo-se que não incide “ICMS - Diferencial de alíquota” sobre o transporte de ““REB.ELETR 79146630 FRESA CONICA 11 FIOS”, eis que se trata de produto intermediário;

(ii) julgar improcedente a Infração 05, reconhecendo-se seu direito subjetivo à manutenção dos créditos de ICMS decorrente das aquisições de “REB.ELETR 79146630 FRESA CONICA 11 FIOS”, eis que se trata de produto intermediário;

(iii) julgar improcedente a Infração 06, reconhecendo-se que não incide “ICMS - Diferencial de alíquota” sobre as operações de aquisição de ““REB.ELETR 79146630 FRESA CONICA 11 FIOS”, eis que se trata de produto intermediário.

Caso não sejam afastadas essas infrações, requer, com fundamento nos arts. 133 e 139 do Código Tributário Baiano, seja realizada perícia técnica, respondendo-se aos quesitos já formulados. Realizada a perícia, deve-se abrir prazo para que apresente o laudo do seu assistente técnico e se manifeste, formulando as pretensões que entender cabíveis.

(iv) julgar improcedente a Infração 04, reconhecendo-se seu direito subjetivo à manutenção do crédito de ICMS glosado, em razão do disposto na Cláusula quarta do Convênio ICMS 52/91 e do princípio da não-cumulatividade;

(v) julgar improcedente a Infração 11, reconhecendo que (i) o AFRMM e os valores despendidos com capatazia/armazenagem não devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS incidente sobre as importações aparelhadas pelas DIs citadas na nota de rodapé nº 12, eis que realizadas sob o

regime de entreposto aduaneiro; (ii) a nulidade da autuação com relação às operações objeto das DIIs 13/0549483-2 e 13/1012327-8, por ofensa aos princípios da motivação, ampla defesa e contraditório; ou, em assim não o sendo, que é aplicável a estas operações a redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91; e

(vi) declarar extintos os débitos objeto das Infrações 01, 02, 03, 05, 06, 07, 08, 09, 10 e 11 quitados, doc. 5, fls. 504 e 505.

Protesta pela posterior juntada de novos documentos, requerendo-se, por fim, que as intimações também sejam realizadas e publicadas em nome de MAURÍCIO ZOCKUN (OAB/SP 156.594).

Na informação fiscal, fls. 810 a 832, de início, reproduzem as infrações e informam que o autuado reconheceu as Infrações 01, 02, 07, 08, 09, 10 e assinalou serão pagas integralmente.

Revelam que no concernente às Infrações 03, 05, 06 e 11, destacam que o impugnante declarou, em sede defesa, que serão pagas parcialmente e que impugnarão administrativa referente às Infrações 03, 04, 05, 06 e 11, conforme planilha acostada no Doc. 05, às fls. 505 e 506.

Quanto as Infrações 01 e 02 frisam que ratificam, integralmente, os créditos reclamados dos ICMS Infrações 01 no valor de R\$119.263,08 e a Infração 02 no valor de R\$23.899,13 pelo acerto da ação fiscal.

Em relação às Infrações 03, 05 e 06, destacam que os materiais objetos da ação fiscal, referente aos créditos indevidos de ICMS são: Hipoclorito de Sódio, Fresa Cônica Diamantada, Solução de limpeza - Butanona, Rebolo Diamantado Eletrolítico e Rolamento Tandem.

Revelam que o Autuado, a priori, acata o trabalho da ação fiscal quanto aos créditos indevidos dos materiais acima descritos, com a exceção da Fresa Cônica Diamantada/Rebolo Elétrico, Nota Fiscal de aquisição nº 8.898 de 12/04/2013, crédito indevido de R\$114,84, constante do Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal, fl. 286. Assinalam que o Autuado contesta o DIFAL de transporte, CTCR nº 3250 de 12/04/2013, que acobertou a operação de aquisição da fresa, no valor de R\$11,10, constante do Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal, fl. 126, e que, por consequência, também não seria devido o DIFAL da mesma Fresa Cônica Diamantada/Rebolo Elétrico, referente ao crédito indevido, Nota Fiscal nº 8898 de 12/04/2013, no valor de R\$64,10, constante do Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal, fl. 294.

Asseveram, pela análise da defesa apresentada pelo Autuado das Infrações 03, 05 e 06, que houve apenas um item contestado, aquele acima mencionado, todos os demais créditos indevidos reclamados; as diferenças de alíquotas de transportes e as diferenças de alíquotas de materiais de uso e consumo foram acatados, conforme comprova-se ao verificar as ocorrências das infrações relacionadas pelo Autuado, objeto do acatamento e pagamento dos ICMS, fls. 460 e 461.

Sustentam a manutenção integral da ação fiscal referente às infrações 03, 05 e 06.

No que diz respeito à Fresa Cônica Diamantada/Rebolo Elétrico, adquirida do fornecedor Rossi Ferramentas Diamantadas Ltda., CNPJ nº 43.794.940/0001-02, cópia da Nota Fiscal acostada à fl. 288, pela ação fiscal, e no Doc 9, fl. 520, pela autuada. Afirmam que o Autuado entende serem as Fresas produto intermediário, conforme argumentos constantes das fls nº 464 a 469.

Observam que apesar dos argumentos e anexos ora apresentados pelo Autuado, quando no decorrer da ação fiscal anterior, exercícios fiscalizados 2011 e 2012, em resposta ao 3º Termo de Intimação enviado à Tigre em 01/07/2014, cópias anexas às fls. 833 a 836, do PAF nº 207103.0003/14-8, o Autuado àquela data, forneceu o documento anexo ao PAF, às fls 837 a 839, em que consta como Parecer da Empresa, ou seja, resposta oficial ao seguinte questionamento da ação fiscal: Apresentar fluxograma do processo de produção indicando a utilização, no mesmo, reb. elétrico (fresa cônica) Nota Fiscal nº 1779 de 02/02/2011; reb. Eletr, Nota Fiscal nº 3087 fornecido pela Rossi Ferramentas, CNPJ 43.794.940/0001-02, o seguinte: “OS ITENS ADQUIRIDOS DA ROSSI

FERRAMENTAS SÃO UTILIZADOS NA MANUTENÇÃO DAS MÁQUINAS DE PRODUÇÃO”.

Sustentam que as Fresas Cônicas Diamantadas são, conforme afirmação da própria Tigre, para manutenção das máquinas de produção.

Observam que peças para manutenção são produtos utilizados na manutenção das instalações industriais das fábricas, a exemplo de: ferramentas, tijolos refratários, lixas etc. Prosseguem frisando que há também peças para reposição que são componentes de equipamentos que se desgastam ao longo do processo produtivo e tem de ser repostos de tempos em tempos para garantir o perfeito funcionamento das máquinas e equipamentos. Exemplos: rolamentos, gaxetas, elementos filtrantes, telas, facas, feltros, fusíveis, roldanas, fresas, rebolos, lâminas, peneiras, mangueiras, pinos, disjuntores etc. Frisam que esses Produtos não podem ser caracterizados como ativo fixo, pois normalmente tem uma vida útil inferior a um ano.

Afirmam que as fresas ou rebolos, objetos da ação fiscal, estão classificadas como peças de reposição. Lembra que as peças de reposição estão citadas nominalmente no Parecer PROFIS nº 01/81, no item 12, portanto, estes produtos não podem ser classificados como produtos intermediários, sendo partes ou peças de reposição de máquinas e equipamentos. Asseveram que são materiais que não são afetados ao processo de produção, mas consumidos pelo estabelecimento na conservação e ou serviços executados na linha de produção.

Esclarecem que os produtos intermediários como a matéria-prima são essenciais ao processo produtivo, dele participam intrinsecamente, são consumidos a cada participação. Revelam que se diferenciam das matérias-primas por não comporem o produto final e das peças de reposição, como as fresas em questão, que são substituídas periodicamente, pelo desgaste, e pertencem a uma máquina ou equipamento a qual está acoplada. Citam a legislação do ICMS, RICMS-BA/97, fls. 817 e 818.

Observam que o disposto na legislação do ICMS, cujo teor transcreve, condiciona o crédito nas aquisições de mercadorias, sendo elas matérias-primas, produtos intermediários, insumos etc., que as mesmas estejam vinculadas, no caso específico, à industrialização, sejam consumidas nos processos produtivos, integrem o produto final na condição de elemento indispensável.

Relatam que as fresas cônicas conforme descrição do Autuado, e fotos acostadas ao PAF, fls. 552 a 554, são peças e/ou partes de uma máquina, ou ferramenta que a compõe, uma vez que, em separado não tem função, precisa ser introduzida, encaixada ou fixada a uma máquina ou ferramenta para ter funcionalidade. Assinalam que é por excelência uma peça de reposição sendo repostada periodicamente conforme o desgaste e o passar do tempo, com a concorrência do uso que lhe é dado.

Citam que as fresas não são consumidas em cada processo produtivo, não integram o produto final, condições indispensáveis para serem considerados produtos intermediários. Afirmam haver uma distorção referente à classificação de produto intermediário. Lembram que o produto intermediário seria um produto que envolvido no processo produtivo, seria consumido, e dele participaria intrinsecamente, até quimicamente se referindo. Asseveram que as fresas são peças de reposição de uma máquina ou ferramenta que apresenta um desgaste físico, por ação mecânica, e por isso, precisam ser repostas.

Concluem ratificando os créditos indevidos reclamados em sua totalidade da Infração 03, no valor de R\$6.587,70 - DIFAL TRANSPORTES, da Infração 05 no valor de R\$6.553,52 - CRÉDITO INDEVIDO e da Infração 06 no valor de R\$10.473,98 - DIFAL MATERIAL DE USO E CONSUMO.

Ao tratarem da Infração 04, de início transcrevem as Cláusulas 2ª e 4ª do Convênio ICMS 52/91 e o Anexo II, fls. 821/822. Em seguida, observam que ao analisarem o que dispõe a Cláusula 2ª do Convênio ICMS 52/91, constataram que as mercadorias listadas nos itens 10.3 e 10.4 do Anexo II, aos serem vendidas do Sul e Sudeste (Tigre São Paulo e Santa Catarina) para o Nordeste (Tigre

Camaçari - Bahia), devem ter a base de cálculo reduzida de tal forma que a carga tributária seja equivalente a 4,10%. No caso das demais operações ocorridas do Nordeste (Tigre Pernambuco) para Nordeste (Tigre Camaçari - BA) as operações de vendas devem ter a base de cálculo reduzida de tal forma que a carga tributária seja equivalente a 7%.

Observam que Tigre Camaçari deveria se creditar dos ICMS das operações originadas das transferências das mercadorias constantes dos itens 10.3 e 10.4 do Anexo II do Convênio ICMS 52/91 oriundas da Tigre São Paulo e Santa Catarina e Pernambuco, conforme dispõe a Cláusula 2ª do referido Convênio que disciplina a matéria, inclusive tratando-se de benefício fiscal que tem como fulcro a desoneração dos investimentos realizados no campo da agricultura, voltado para o estímulo do produtor rural, ou ao agronegócio, e por consequência reduzindo os preços dos alimentos à população.

Registram que o grupo Tigre não pode deixar de observar a legislação de regência, o Convênio ICMS 52/91, é impositivo, e não facultativo, transferir crédito indevido das suas unidades fabris de São Paulo, Santa Catarina e Pernambuco para a unidade de Camaçari. Afirma que a legislação específica a carga tributária que deve ser suportada pelos entes federativos, isto em decorrência do Brasil apresentar, infelizmente, desigualdade econômica em razão de existir regiões geográficas produtoras e outras consumidoras, e em última instância favorecer os habitantes das regiões NO, NE, CO com preços menores dos alimentos oriundos da cadeia agrícola.

Reafirmam que a Tigre Camaçari deve observar a legislação que disciplina a questão, uma vez que é evidente que o ICMS a ser creditado nestas operações, tem carga tributária definida, e para isso foram estabelecidas alíquotas específicas.

No que diz respeito à Cláusula quarta que dispensa o estorno do crédito do ICMS relativo à entrada de mercadoria cuja operação subsequente de saída beneficiada pela redução da base de cálculo prevista no Convênio retro mencionado, asseveram que não está vinculada à dispensa do estorno do crédito com a não observância da tomada do crédito correto, pois, às hipóteses que contemplam esta condição são outras, eis algumas operações envolvendo o Estado da Bahia:

1. A Tigre Camaçari recebe mercadoria da Tigre Pernambuco, deve se creditar de 7% do imposto. Posteriormente a vende em operações internas a 5,60%. Neste caso há dispensa do estorno do crédito.
2. A Tigre Camaçari recebe mercadoria da Tigre Pernambuco, deve se creditar de 7% do imposto. Posteriormente a vende em operações interestaduais a consumidor final a 5,60%. Neste caso há dispensa do estorno do crédito.

Transcrevem jurisprudência do CONSEF através do Acórdão CJJ - 0086-02/14 julgou totalmente procedente ação fiscal desenvolvida na Tigre sobre a mesma infração, AI nº 1425540009/12-8, que abrangeu os exercícios fiscais de 2010 e 2011 - ACÓRDÃO JJJ Nº 0086-02/14.

Reafirmam a ação fiscal quanto a esta infração, mantendo o crédito tributário em sua totalidade, que é de R\$370.433,07.

No que diz respeito às Infrações 07, 08, 09 e 10, observam que o Autuado acata integralmente os créditos fiscais exigidos.

Ao abordar a Infração 11 em relação às importações efetuadas sob o regime de entreposto aduaneiro, lembram que a Lei 7.014/96 regula o ICMS no Estado da Bahia, define o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS na importação; o Responsável pelo seu recolhimento; o Responsável Solidário pelo seu recolhimento; a alíquota aplicada, e sua respectiva base de cálculo, cujo teor transcrevem, fls. 827 a 830.

Destacam que a auditoria fundamentou-se integralmente no que rege a Legislação Estadual referente às operações de importação de mercadorias do exterior, como pode ser comprovado nos dispositivos citados da Lei 7.014/96 que reproduziram.

Afirmam que é desprovida de legalidade a alegação do Autuado de que não seria responsável pelo recolhimento do AFRMM e CAPATAZIA/ARMAZENAGEM, incidentes sobre as importações efetuadas sob o regime de Entrepósito Aduaneiro. Explicam que a Lei é cristalina na elucidação de que tais itens compõem a base de cálculo do ICMS e, de que, o Responsável pelo recolhimento do ICMS é o importador, no caso o Autuado.

Arrematam assinalando que ratificam a ação fiscal quanto às importações efetuadas sob o regime de Entrepósito Aduaneiro, exigindo o crédito tributário em sua totalidade, que é de R\$47.451,00.

Ao cuidar das importações efetuadas através das DIs de nºs 13/0549483-2 e 13/1012327-8, inicialmente analisam a alegação de nulidade do Autuado, relativamente à Autuação das operações amparadas por essas DIs.

Revelam que o RPAF-BA/99 em seus artigos 18 a 21, cujo teor reproduz, disciplinam as situações passíveis de nulidade, não preceituam qualquer dessas situações que se enquadre relativamente à Autuação das DIs, ora em análise. Por isso, asseguram não haver que se falar em Nulidade, como alega o Autuado.

No tocante ao mérito em si, observam que o Autuado tem razão quanto ao fato de que essa Auditoria não efetuou a redução da base de cálculo nos termos do Convênio ICMS 52/91.

Registram que o Autuado, por saber de antemão, que esse fato não seria suficiente para Nulidade da Autuação desse quesito, efetuou os cálculos devidamente, levando em consideração a inclusão na base de cálculo do AFRMM e CAPATAZIA/ARMAZENAGEM, quanto a redução da base de cálculo devida, e, efetuou o recolhimento, conforme documento 5, anexo às fls. 505 e 506.

Declaram que essa Auditoria conferiu os valores calculados e recolhidos pelo Autuado e, constatou que eles estão corretos, não restando crédito a reclamar relativamente às operações amparadas pelas DIs 13/0549483-2 e 13/1012327-8.

Concluem ratificando, integralmente, os créditos exigidos ICMS na Infração 07, no valor de R\$357,46, na Infração 08, no valor de R\$4.462,85, na Infração 09, no valor de R\$4.587,35, na Infração 10 no valor de R\$4.836,80 e, parcialmente a Infração 11 no valor remanescente de R\$47.451,00, pelo acerto da ação fiscal.

Intimado a tomar ciência da informação fiscal o impugnante se manifesta às fls. 845 a 858, reprisando integralmente os argumentos articulados na defesa.

Revelou também, em relação à infração 11, que os autuantes na informação fiscal concordaram que se equivocou ao desconsiderar essa redução da base de cálculo, tendo assinalado que “...conferiu os valores calculados e recolhidos e, eles estão corretos, não restando crédito a reclamar relativamente às operações amparadas pelas DIs 13/0549483-2 e 13/1012327-8”.

Arremata frisando que os autuantes reconheceram, portanto, a improcedência da autuação com relação às operações objeto das DIs 13/0549483-2 e 13/1012327-8.

Ao prestarem nova informação fiscal, fls. 861/871, os autuantes voltaram a alinhar todas as ponderações já articuladas em suas intervenções anteriores em torna das infrações 03, 04, 05, 06 e 11.

Quanto às importações acobertadas pelas DI nº 13/0549483-2, e DI nº 13/1012327-8 o valor recolhido pelo Autuado conforme doc. nº05 constante das fls nº 504 a 506, , regularizam as operações. Essa ação fiscal acatou os argumentos da autuada, fls 831 e 832.

Ratificam a ação fiscal quanto a esta infração reclamando o crédito tributário de R\$47.451,00

referente às operações de importações sob regime de entreposto aduaneiro.

Nas fls. 874/879, constam extratos de pagamentos das infrações reconhecidas integralmente e parcialmente.

Na fl. 881, a 3ª JJF converte os autos em diligência à ASTEC/CONSEF para que fosse procedido exame in loco no estabelecimento autuado para colher e carrear aos autos informações detalhadas acerca da participação do item ‘REB.ELETR 79146630 FRESA CONICA 11 FIOS’ no processo produtivo do impugnante, colacionando aos autos informação pormenorizada da função da fresa no processo industrial, vida útil e demais características do item”

Às fls. 889/890, o contribuinte foi intimado da diligência que aduziu o seguinte:

1. Apresentamos anexo ao presente CD com vídeo mostrando a aplicação no processo produtivo da empresa do item “REB.ELETR 79146630 FRESA CONICA 11 FIOS”;
2. Conforme se depreende do aludido vídeo, a fresa tem a função de realizar o acabamento dos produtos abaixo listados, abrindo uma rosca em cada extremidade destes tubos, que é uma característica essencial e indispensável ao correto funcionamento destes produtos.

Afirma que vida útil está diretamente relacionada à demanda de produção dos tubos, tendo uma média de durabilidade de aproximadamente 1.500 horas, considerando-se a produtividade média atual, essa vida útil é consumida em aproximadamente 2,4 meses. Acrescentou que a fresa é confeccionada em aço inox 309, tendo um banho de diamante industrial na superfície que tem contato com o tubo, para evitar o desgaste prematuro. Remata informando que a fresa é acoplada nas máquinas de acabamento das linhas de extrusão para produção dos tubos”eletrodutos anti chama” e nos tubos “edutor geotigre”.

No cumprimento da diligência nas fls. 885/886, a diligente da ASTEC cumpriu os seguintes procedimentos diligenciais:

- *O autuado foi intimado a apresentar um relatório e um vídeo para comprovar as alegações da defesa, como solicitados por esta JJF, conforme Intimação Fiscal, à 11.887.*
- *Em atendimento à Intimação Fiscal, através Manifestação nº 176773/2016-4 (Doc. fis. 888/893), o autuado apresentou o relatório (fls.889/890) e o vídeo tcn ri. 893) solicitados.*
- *No relatório, o autuado informou, detalhadamente e sucintamente, a utilização do produto (ri. 889/890), ou seja, para “realizar o acabamento dos produtos (tubos, abrindo uma rosca em cada extremidade” e “que é uma característica essencial e indispensável ao correto funcionamento destes produtos”, e relacionou 11 tipos de tubos, e a que “a vida útil está diretamente relacionada à demanda de produção dos tubos” numa média de 1.500 horas ou em aproximadamente 2,4 meses.*
- *O vídeo mostra, claramente, o momento da efetiva utilização do produto REB.ELETR 79146630 FRESA CONÍCA 11 FIOS” e foi solicitado para facilitar a compreensão da função do produto, no processo industrial, por esta JJF.*

Concluiu esclarecendo a participação, utilização e função do item ‘REB.ELETR 79146630 FRESA CONICA 11 FIOS’ no processo produtivo do impugnante.

Em manifestação do contribuinte, fls. 897/902, reafirma que as exigências das infrações 03, 05 e 06 são indevidas com relação às operações de aquisição de “REB.ELETR 79146630 FRESA CONICA 11 FIOS” (os demais valores exigidos serão recolhidos) - doc. 9, juntado com a impugnação.

Reprisa seus argumentos e razões de defesa, em seguida afirma que a ASTEC, por sua vez, proferiu o Parecer nº 107/2016 relatando que “...o autuado informou, detalhadamente e sucintamente, a utilização do produto (fl. 889/890), ou seja, para ‘realizar o acabamento dos produtos (tubos), abrindo uma rosca em cada extremidade’ e ‘ que é uma característica essencial e indispensável ao correto funcionamento do produto’, e relacionou 11 tipos de tubos, e que ‘a vida útil está diretamente relacionada à demanda de produção dos tubos’ numa média de 1.500 horas ou em aproximadamente 2,4 meses” fls. 885/886).

Assevera que fixadas as sobreditas premissas conceituais e adotando-se a diligência realizada pela ASTEC, é inegável que a “REB.ELETR 79146630 FRESA CONICA 11 FIOS” é produto intermediário, vinculado às operações subseqüentes alcançadas pela incidência do ICMS.

Diz ser inegável que a “fresa” é aplicada diretamente na industrialização das mercadorias comercializadas pela Impugnante, sendo imprescindível para este fim. Isto é, sem a “fresa”, é impossível fabricar “tubos roscáveis”.

Neste sentido, afirma que o parecer da ASTEC é translúcido ao relatar que a “fresa” é necessária “...para ‘realizar o acabamento dos produtos (tubos), abrindo uma rosca em cada extremidade’ e ‘que é uma característica essencial e indispensável ao correto funcionamento do produto’...”. Mas não é só!

Segundo porque também é inconteste que a “fresa”, conforme é utilizada na fabricação dos “tubos de PVC”, sofre desgaste, ou seja, é consumida, até o momento em que perde as suas propriedades e é descartada.

A despeito de ser despciendo à caracterização do produto intermediário, registre-se que a vida útil da “fresa”, conforme o sobredito parecer, “...está diretamente relacionada à demanda de produção dos tubos’ numa média de 1.500 horas ou em aproximadamente 2,4 meses”.

Assevera que a “fresa” não se confunde com o maquinário utilizado para o seu funcionamento. É dizer, em que pese acopladas às máquinas (conforme releva as fotos constantes do doc. 14, juntado com a impugnação) e o vídeo acostado no parecer, a “fresa” não é mera peça de reposição dessas máquinas, em razão das sobreditas características (a foto em que consta a “fresa” apartada do maquinário afasta qualquer espécie de dúvida nesse sentido).

Revela que a “fresa” se assemelha em muito às “facas de corte” utilizadas pelas indústrias de papel, que já foram classificadas pelo CONSEF como produtos intermediários. Isso porque ambos os produtos (i) atuam em contato direto com a matéria-prima ou o próprio produto industrializado; e (ii) são acoplados em máquinas, o que, também no caso das “facas”, não as torna meras peças de reposição das máquinas de corte, e tampouco com estas se confundem, tal como reconheceu o CONSEF.

Por estas razões, assegura que a “REB.ELETR 79146630 FRESA CONICA 11 FIOS” não é bem de uso e consumo, consubstanciando-se em produto intermediário utilizado na industrialização das mercadorias que comercializa. Diz que nesta hipótese, (i) não há incidência do “ICMS – Diferencial de alíquota” sobre o serviço de transporte destes bens, que estão vinculados às operações subseqüentes alcançadas pela incidência do ICMS, a revelar a improcedência da Infração 03; (ii) admite-se o creditamento do ICMS decorrente da aquisição desses bens, a revelar a improcedência da Infração 05; e (iii) não incide “ICMS - diferencial de alíquota” sobre essas operações, a revelar a improcedência da Infração 06 do Auto de Infração.

Em nova manifestação, fls. 906 a 910, os autuantes revelam que pela análise da defesa apresentada, das Infrações 03, 05 e 06 houve apenas um item contestado, aquele acima mencionado, todos os demais créditos indevidos reclamados; as diferenças de alíquotas de transportes e as diferenças de alíquotas de materiais de uso e consumo foram acatados, conforme comprova-se ao verificar as ocorrências das infrações relacionadas pela autuada, objetos do acatamento e pagamento dos ICMS, fls 460 e 461.

Reafirmam a manutenção integral da ação fiscal relativamente ao ICMS reclamados referentes às infrações 03, 05 e 06.

Em referencia à Fresa Cônica Diamantada/Rebolo Elétrico, adquirida do fornecedor Rossi Ferramentas Diamantadas Ltda., CNPJ nº 43.794.940/0001-02, cópia da Nota Fiscal acostada à fl. 288, pela ação fiscal e no Doc 9, fl. 520, pela defesa, lembram que o Autuado entende ser as Fresas produto intermediário, conforme argumentos constantes das fls nº 464 a 469.

Em que pese os argumentos e anexos ora apresentados pelo Autuado, quando no decorrer da ação fiscal anterior, exercícios fiscalizados 2011 e 2012, em resposta ao 3º Termo de Intimação enviado à Tigre em 01/07/2014, cópias anexas, fls. 833 a 836 do PAF nº 207103.0003/14-8, o Autuado, àquela data, forneceu o documento anexo ao PAF, fls 837 a 839, em que consta como Parecer da Empresa, ou seja, resposta oficial ao seguinte questionamento da ação fiscal: Apresentar fluxograma do processo de produção indicando a utilização, no mesmo, reb. elétrico (fresa cônica) Nota Fiscal nº 1779, de 02/02/2011; reb. eletr, Nota Fiscal nº 3087, fornecido pela Rossi Ferramentas, CNPJ 43.794.940/0001-02, o seguinte: “OS ITENS ADQUIRIDOS DA ROSSI FERRAMENTAS SÃO UTILIZADOS NA MANUTENÇÃO DAS MÁQUINAS DE PRODUÇÃO”.

Reafirmam que as Fresas Cônicas Diamantadas são conforme afirmação da própria Tigre, para manutenção das máquinas de produção. Relatam que peças para manutenção são produtos utilizados na manutenção das instalações industriais das fábricas. Como por exemplo: ferramentas, tijolos refratários, lixas etc. Continuam lembrando que há também peças para reposição que são componentes de equipamentos que se desgastam ao longo do processo produtivo e tem de ser repostos de tempos em tempos para garantir o perfeito funcionamento das máquinas e equipamentos. Exemplos: rolamentos, gaxetas, elementos filtrantes, telas, facas, feltros, fusíveis, roldanas, fresas, rebolos, lâminas, peneiras, mangueiras, pinos, disjuntores etc. Produtos que não podem ser caracterizados como ativo fixo, pois normalmente tem uma vida útil inferior a um ano.

Asseguram que as fresas ou rebolos, objetos da ação fiscal, estão classificadas como peças de reposição. Acrescentam que as peças de reposição estão citadas nominalmente no Parecer PROFI nº 01/81, no item 12, portanto estes produtos não podem ser classificados como produtos intermediários, sendo partes ou peças de reposição de máquinas e equipamentos, pois são materiais que não são afetados ao processo de produção, mas consumidos pelo estabelecimento na conservação e ou serviços executados na linha de produção.

Sustentam que os produtos intermediários como a matéria-prima são essenciais ao processo produtivo, dele participam intrinsecamente, são consumidos a cada participação e se diferenciam das matérias-primas por não comporem o produto final. E se diferenciam das peças de reposição, como as fresas em questão, que são substituídas periodicamente, pelo desgaste, e pertencem a uma máquina ou equipamento a qual está acoplada.

Afirmam que o art. 93 do RICMS-BA/97 condiciona o crédito nas aquisições de mercadorias, sendo elas matérias-primas, produtos intermediários, insumos etc., que as mesmas estejam Depois de reprisarem os argumentos e ponderações articulados nas informações anteriores concluem ratificando os créditos indevidos exigidos em sua totalidade da Infração 03 no valor de R\$ 6.587,70 - DIFAL TRANSPORTES, da Infração 05 - valor de R\$6.553,52 - CRÉDITO INDEVIDO e da Infração 06 no valor de R\$10.473,98 - DIFAL MATERIAL DE USO E CONSUMO.

Constam às fls. 874 a 879, extratos do Sistema de Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT de pagamento efetuado pelo sujeito passivo de parte da exigência originalmente lançada de ofício.

VOTO

O Auto de Infração cuida de onze infrações à legislação do ICMS cometidas pelo impugnante, na forma circunstanciada e enunciada no preâmbulo do Relatório.

Em sede de defesa o sujeito passivo declarou expressamente a não impugnação dos itens 01, 02, 07, 08, 09 e 10. Assim, ante a inexistência de lide em torno dessas infrações, ficam mantidas as acusações fiscais a elas atinentes.

As infrações 03, 05 e 06 versam, respectivamente, sobre a falta de recolhimento ICMS referente a diferença de alíquota na utilização de Serviço de Transporte cuja prestação teve início em outra

unidade da Federação, não sendo vinculada a operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto - Infração 03; utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento - Infração 05 e Falta de recolhimento ICMS referente a diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento - Infração 06.

Em suas razões de defesa, o autuado reconhece parcialmente as infrações impugnando, tão-somente as operações relativas ao item “REB.ELETR 79146630 FRESA CONICA 11 FIOS”, que no seu entendimento se trata de produto intermediário imprescindível na fabricação dos tubos que produz e utilizado diretamente na industrialização, cujos valores apurados correspondem a R\$11,10 na Infração 03, em abril de 2013, Nota fiscal nº 3250, fl. 126, R\$114,84 na Infração 05, em abril de 2013, Nota Fiscal nº 8898, fl. 286, e R\$164,10 na Infração 06, em abril de 2013, Nota fiscal nº 8898, fl. 294.

Os autuantes mantiveram integralmente a autuação sustentando o referido item “Rebolo Eletr 79146630 Fresa Cônicas Diamantadas” se trata de peça de reposição, componente de equipamento utilizado na produção industrial do estabelecimento que se desgastam ao longo do tempo e são repostos para manter o nível de produção.

Para esclarecer a controvérsia, esta 3ª JJF converteu os autos em diligência à ASTC/CONSEF, fl. 881, para que diligenciador designando, efetuasse exame *in loco* no estabelecimento autuado para colher e carrear aos autos informações detalhadas acerca da participação do item “REB.ELETR 79146630 FRESA CONICA 11 FIOS” no processo produtivo do estabelecimento autuado.

Com a emissão do Parecer da ASTEC nº 0107/16, fls. 885 e 886, bem como com o CD contendo filme demonstrando a utilização do item questionado no processo produtivo do autuado, no qual resta demonstrado a sua participação na abertura de rosca nos tubos fabricados no estabelecimento autuado resta dirimida a questão e comprovada a atuação da fresa que literalmente rasga o tubo na feitura rosca, operação diretamente vinculada a industrialização.

Assim, entendo que a atuação vinculada da fresa, objeto da autuação, ora contestada, propicia ao autuado a utilização do crédito fiscal correspondente às aquisições.

Aliás, este tem sido o entendimento reiterado das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF, que em reiterados Acórdão tem decidido pelo direito ao crédito na utilização de ferramentas de corte diamantados nas utilizadas nas indústrias de mineração e de facas utilizadas nas indústrias de celulose com finalidade congênere, a exemplo do ACÓRDÃO CJF Nº 0407-12/11.

Nestes termos, concluo pela subsistência parcial das infrações 03, 05 e 06, com exclusão do levantamento fiscal da Nota fiscal nº 3250, no valor R\$11,10, na Infração 03, da Nota fiscal nº 8898, no valor R\$114,84, na Infração 05 e da Nota fiscal nº 8898, no valor R\$164,10, na Infração 06. Os débitos remanescentes dessas infrações ficam reduzidos, respectivamente, para R\$6.576,60, R\$6.438,68 e R\$10.309,88.

Infração 04 - trata de utilização de crédito de ICMS, nas operações interestaduais com base cálculo fixada pela unidade Federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênio ou protocolo.

Alegou o impugnante em sua contestação a esse item da autuação que o Convênio ICMS 52/91 estatui em sua Cláusula segunda a redução da base de cálculo nas operações de saídas das regiões sul e sudeste, inclusive do Espírito Santo para as regiões norte, nordeste e centro-oeste de modo que a carga tributária seja reduzida para de 7% para 4,1%, nas demais operações interestaduais a redução da carga de 12%, para 7%, e nas demais operações internas para a carga tributária equivalente a 5,60%.

Reconheceu o próprio defende que no período fiscalizado suas filiais dos estados de Pernambuco, São Paulo e Santa Catarina remeteram mercadorias para seu estabelecimento baiano com o destaque do ICMS com as alíquotas interestaduais sem a redução da base de cálculo prevista no supracitado Convênio, tendo sua filial da Bahia se creditando integralmente do imposto destacada nas entradas e promoveu as operações saídas com redução de base de cálculo preconizada pelo Convênio. Aduziu o autuado que a Cláusula quarta do Convênio prevê a dispensa do estorno do crédito das operações de saídas beneficiadas pela redução da base de cálculo prevista no Convênio.

Os autuantes mantiveram a autuação sob o fundamento de que o autuado não pode com inobservância da legislação de regência que é impositiva e não facultativa transferir crédito indevido de suas unidades fabris de outras unidades da Federação para sua unidade baiana. Asseverou que o defendente deve observar a legislação que disciplina a matéria, haja vista que o ICMS a ser creditado nas operações objeto da autuação tem carga tributária definida e para isso foram estabelecidas alíquotas específicas.

Depois de examinar todos os elementos de apuração e enquadramento da irregularidade cometida pelo impugnante, constato que assiste razão ao autuante, há já vista que nos moldes em que atuou o defendente impôs ao Estado da Bahia o ônus de uma carga tributária superior ao estabelecido entre os demais Estados em decorrência da inobservância da redução da base de cálculo na operação interestadual, transferindo para o estado de destinatário uma carga de crédito fiscal indevida, agravando ainda pelo fato de a saída subsequente ocorrer com o benefício da redução da base de cálculo.

Concluo pela subsistência da Infração 04.

Infração 11 - recolhimento a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de janeiro a dezembro de 2013.

Inicialmente refuto a preliminar de nulidade suscitada pelo defendente atinente a esse item da autuação, sob a legação de que ocorrera cerceamento de defesa pelo fato de constar no teor da descrição da infração adicionalmente os termos “*quer pela utilização incorreta taxa cambial*”. A inclusão desse texto na descrição da infração pelo SEAI - Sistema Automatizado Auto de Infração da SEFAZ tem o objetivo de abranger a as espécies de ocorrências mais comuns nas operações de importação. Fica patente da análise conjunta da descrição da irregularidade com a planilha de apuração (Anexo XI) que discrimina pormenorizadamente a origem do débito que no presente caso não ocorrera utilização incorreta da taxa cambial. Tanto é assim que o próprio defendente reconheceu a inexistência de qualquer alusão à taxa cambial no demonstrativo de apuração. Nestes termos, resta evidenciada que a descrição da infração, na forma padronizada pelo SEAI, em nada prejudicou o perfeito entendimento da acusação fiscal, haja vista a desenvoltura e o nível de detalhe empreendido pelo impugnante ao articular suas razões de defesa. Portanto, não há que se falar em óbice algum ao pleno exercício do consagrado de direito de defesa do impugnante. Logo, considero ultrapassada questão preliminar.

O autuado alegou em suas razões de defesa ser indevida a inclusão na base de cálculo as despesas do AFRMM e Capatazia/Armazenagem, tendo em vista que a importação ocorrera sob o regime de Entrepósito Aduaneiro. Reconheceu que, em relação ao ICMS cobrado em razão da importação objeto da DI 13/2426769-2, doc. 21, fls. 715 a 721, de fato houve equívoco na composição da base de cálculo do referido imposto, bem como no tocante à parte do ICMS incidente sobre as operações constantes das DIs 13/0549483-2 e 13/1012327-8, pelo que asseverou recolherá os valores exigidos.

Os autuantes refutaram as alegações da defesa em relação às operações não reconhecidas, sustentando que a autuação está respaldada em expressa determinação da Lei 7.014/96, tanto em

relação ao responsável pelo recolhimento do imposto nas importações efetuadas pelo regime de Entrepasto Aduaneiro, quanto no que diz respeito a composição da base de cálculo.

Em relação às DI nº 13/0549483-2 e DI nº 13/1012327-8, na informação fiscal os autuantes asseveraram que depois de examinarem o Doc 05, fls. 504 e 505 que discriminam os valores reconhecidos pelo impugnante, a despeito da defesa contestar a não aplicação da redução da base cálculo prevista no Convênio ICMS nº 52/91, resta ultrapassada essa questão.

Depois de examinar os elementos que constituem o contraditório em torno desse item da autuação, precipuamente o exposto teor dos artigos 1º, 2º, 4º, 5º e 17 da Lei nº 7.014/96, constato que assiste razão aos autuantes ao manterem a autuação, haja vista que o importador, que no presente caso, indubitavelmente é o autuado, assume legalmente o atributo de responsável tributário pelo recolhimento do ICMS nas importações.

Do mesmo modo, a inteligência do dispositivo legal de regência estatui que a base de cálculo nas operações de importação é constituída pela totalização dos seguintes itens: preço da mercadoria ou bem constante do documento de importação, dos impostos incidentes, de quais quer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional de marinha mercante ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, arqueação e multas por infração.

Portanto, resta patente que na composição da base de cálculo não comporta qualquer exclusão, precipuamente a pretendida pelo impugnante, pelo simples fato de a importação ter sido operada pelo regime de Entrepasto Aduaneiro, o que não desconstitui a efetiva figura do importador que no presente caso é o autuado.

Nestes termos, afigura-se nos autos inequivocamente caracterizada a Infração 11, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Logo, concluo pela subsistência parcial do Auto de infração no valor de R\$598.615,87, conforme discriminado a seguir.

| DEMONSTRATIVO COMPARATIVO | | | AUTO DE | |
|---------------------------|------------------|-------------|---------------------|----------------|
| INFRAÇÃO X JULGAMENTO | | | | |
| Infração | Auto de Infração | Inf. Fiscal | J u l g a m e n t o | |
| 01 | 119.263,08 | 119.263,08 | 119.263,08 | Procedente |
| 02 | 23.899,13 | 23.899,13 | 23.899,13 | Procedente |
| 03 | 6.587,70 | 6.587,70 | 6.576,60 | Proc. em Parte |
| 04 | 370.433,07 | 370.433,07 | 370.433,07 | Procedente |
| 05 | 6.553,52 | 6.553,52 | 6.438,68 | Proc. em Parte |
| 06 | 10.473,98 | 10.473,98 | 10.309,88 | Proc. em Parte |
| 07 | 357,43 | 357,43 | 357,43 | Procedente |
| 08 | 4.462,85 | 4.462,85 | 4.462,85 | Procedente |
| 09 | 4.587,35 | 4.587,35 | 4.587,35 | Procedente |
| 10 | 4.836,80 | 4.836,80 | 4.836,80 | Procedente |
| 11 | 201.368,95 | 201.368,95 | 201.368,95 | Procedente |
| TOTAIS | 752.823,86 | 752.823,86 | 752.533,82 | |

Quanto ao pedido para que as intimações sejam efetuadas e publicadas em nome dos advogados que subscreveram a defesa, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do procedimento, desde que as intimações ao autuado acerca do processo sejam realizadas em conformidade com o disposto no art. 108 do RPAF-BA/99.

Ante o exposto, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207103.0001/15-3**, lavrado contra **TIGRE SA TUBOS E CONEXÕES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$752.533,82**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, respectivamente, no inciso VII, alínea “a”, e no inciso II, alíneas “f”, “e”, e “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA