

A. I. N° - 206888.0065/15-0
AUTUADO - CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S. A.
AUTUANTE - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 15.08.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0115-05/18

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. BENS PARA O ATIVO PERMANENTE. Adotada correções propostas pela defesa. Acusação fiscal elidida em parte. Infração subsistente em parte. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. BENS PARA O USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Adotada correções propostas pela defesa. Acusação fiscal elidida em parte. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 30/06/2015 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$262.668,90 bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 06.01.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. No valor de R\$223.167,47, referente ao período de abril, agosto, setembro e dezembro/2012; julho, agosto, outubro a dezembro/2013.

Infração 02 - 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. No valor de R\$39.501,43, referente ao período de abril e agosto/2012; outubro a dezembro/2013.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 17 a 27, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir:

A defesa inicia a peça defensiva discorrendo sobre a tempestividade da impugnação e em seguida sintetiza os fatos descrevendo às acusações fiscais, seu enquadramento e tipificação de multa.

Sob o título ‘III – DO MÉRITO’ destaca a atividade da autuada como empresa tradicional no segmento de perfumaria, cosméticos e higiene pessoal, e descreve seus diversos objetos sociais. Explica que na realização de seu objeto social, a empresa dispõe de um Centro de Distribuição, localizado no Estado de São Paulo, na cidade de Registro, através do qual adquire de terceiros os produtos que serão objeto de comercialização, no atacado e exportação.

Aduz que em decorrência de sua logística de distribuição surgiu a necessidade de dispor de pequenos Centros de Distribuição – CD em determinadas unidades da federação, os quais recebe por transferência os produtos adquiridos pela Unidade Comercial localizada em SP, a exemplo do CD deste Estado da Bahia, a partir dos quais é feita a circulação das mercadorias.

Em relação à infração 01 lembra que a Fiscalização alegou que a empresa Autuada deixou de recolher a diferença de alíquota de ICMS referente às aquisições interestaduais para seu ativo fixo, contudo afirma não existir valor a ser recolhido.

Ressalta que as mercadorias objeto da infração 01, são mercadorias que se enquadram ao que dispõe o artigo 266, XIII, do RICMS/BA, que reproduziu. Em vista deste fato, entende que não há que se falar em ausência de recolhimento da diferença de alíquota, pois as operações realizadas pela empresa Autuada, e apontada pela Fiscalização no presente auto de infração, estão

acobertadas pelo referido dispositivo legal, conforme cópia da nota fiscal nº 000.056.305. (Doc. 02) à fl. 55.

Salienta que foram adquiridos também mercadorias para atender a pessoas que são portadoras de deficiência física, visual ou auditiva, como por exemplo, rampa para cadeira de rodas, e que são isentas de ICMS.

Diz ainda constar a aquisição de programa de computador (software), onde é requerido o recolhimento do diferencial de alíquota, e que as ditas operações ocorreram através das notas fiscais números 000.041.811, 000.041.772 e 000.041.785. (Doc. 03), fls. 57 a 59.

Ocorre que se trata de operações que não há a incidência do ICMS, consoante diz que dispõe resposta da consulta formulada, sob o nº 078, de 16/05/2013 – 9º Região Fiscal, publicado no D.O.U. de 12/06/2013, que reproduziu.

Assevera que as aquisições de mercadorias realizadas através das notas fiscais números 000.023.038, (Doc. 04) e as de números 000.079.220 e 000.079.221. (Doc. 05), estão abarcadas pelo disposto no artigo 266, inciso I, alínea ‘a’ e ‘b’, que reproduziu, e são beneficiadas com redução de base de cálculo.

Em relação à infração 02, acusa a Impugnante de haver deixado de recolher o ICMS relativo a diferença de alíquotas, incidentes sobre a aquisição de mercadorias, oriundas de outras unidades da Federação para o consumo do próprio estabelecimento. Ressalta também haver operações que tiveram a sua base de cálculo reduzida, conforme preceitua o artigo 266, inciso XIII, que reproduziu, e afirma que a nota fiscal número 000.011.746, demonstra que a conduta da empresa foi acertada. (Doc. 06), fls. 66 e 67.

Também aponta operações onde não houve a incidência de ICMS, de acordo com cópia das notas fiscais números 000.001.362 e 000.384.678 (Doc. 07), fls. 70 onde de acordo com Solução de Consulta nº 078, de 16/05/2013 – 9º Região Fiscal, publicado no D.O.U. de 12/06/2013, informa que “*o software não é mercadoria, não sendo cabível a sua classificação em código NCM...*”, o que justifica a conduta adotada pela empresa.

Ainda nesta infração, indicam operações com redução de base de cálculo de acordo com o artigo 266, XXIII, alíneas ‘i’ e ‘k’, que reproduziu e cópias das notas fiscais números 000.384.678 e 000.023.037 (Doc. 08), fls. 72 a 78.

Alega ainda que a ausência de recolhimento de diferencial de alíquota referente a operação realizada através da NF nº 000.011.746 (**Doc. 09**), fls. 77 a 78, por se tratar de aquisição de “outros instrumentos de desenhos, de traço ou de cálculo”, tem a sua base de cálculo reduzida de acordo com artigo 268, XVI, alínea ‘b’, que transcreveu.

Remata dizendo que “*não há que se falar em ausência de recolhimento de diferencial de alíquota, tendo em vista que as operações, objeto da autuação, foram baseadas nas legislações que permeiam cada caso.*”

A partir do título “V – DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO” diz que o erário estadual estaria praticando o enriquecimento ilícito, apontando doutrina segundo o doutrinador DE PLÁCIDO E SILVA, AGOSTINHO ALVIM e Silvio Rodrigues que ensinam ser o enriquecimento ilícito aquele que não possui um respaldo jurídico e, portanto, é repudiado pelo nosso direito.

Explica que o enriquecimento ilícito ocorreu, “*se o lançamento realizado na presente autuação for mantido em desobediência ao princípio da não cumulatividade, por exemplo, resultará cobrança de imposto sem base legal, por inexistência de fato gerador, permitindo assim o enriquecimento, para o Fisco baiano, sem causa que o justifique, o que não pode ser aceito.*”

Afirma que os dispositivos do RICMS/BA citados pelo ilustre fiscal Autuante não foram violados em momento algum, e que demonstrou a procedência em parte deste Auto de Infração, haja vista que a empresa Impugnante em momento algum deixou de recolher o diferencial de alíquota quando este era devido.

Concluindo, diz que “o bom senso recomenda o julgamento deste Auto de Infração pela improcedência, o que se faz observando os princípios da verdade material e da moralidade administrativa, pois, caso esta doura Junta insista na cobrança indevida, estará punindo contribuinte que sempre agiu dentro da legalidade observando todas as regras impostas pelo RICMS, o que seria, de fato, inaceitável!”

Pede ao final:

“VI – CONCLUSÃO E PEDIDOS

Em vista do exposto, a empresa Impugnante requer que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidos em direito, especialmente prova pericial técnica, requerendo, de logo, a juntada posterior de documentos que se fizerem necessários para a elucidação da lide e com base no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, requer a realização de revisão fiscal efetuada pela Assessoria Técnica do CONSEF, sob pena de cerceamento ao direito de defesa nos termos do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988, esperando por fim, que sejam comprovadas todas as razões apresentadas.

Finalmente, a Impugnante protesta pelo acatamento incólume da presente Impugnação e pede que o lançamento fiscal seja julgado IMPROCEDENTE, dentro da fundamentação acima apresentada, por ser medida de direito e justiça.”

O Autuante apresenta sua informação fiscal às fls. 82 a 109, e afirma que em relação à infração 01, e ao exercício de 2012, que se refere ao difal de ativo imobilizado, acatou o argumento defensivo e reduziu o valor reclamado de R\$7.086,80 para R\$2.650,40. Já quanto ao exercício de 2013, foi reclamado ICMS difal de ativo, o valor de R\$216.080,67, mas tal valor foi reduzido para R\$182.730,91.

Explicou que foi criada duas novas planilhas denominadas respectivamente "ATIVO 2012 APÓS INFORM" e "difal ativo após Inform 2013", onde os valores em relação aos quais acatou os argumentos da defesa estão pintados de vermelho, e os valores da difal após a informação fiscal aparecem "zerados".

Em relação à infração 02, no que diz respeito ao exercício de 2012, concorda em ter o seu valor reduzido de R\$1.153,64, para R\$1.146,04. Explica que da mesma forma com que procedeu na infração 01, criou uma nova planilha denominada "CONSUMO 2012 APÓS INFORM" onde pintou de vermelho os valores que foram excluídos do auto de infração, como consequência da defesa do contribuinte.

Diz haver adotado o mesmo procedimento em relação à infração 02, e que foi criada também uma planilha denominada "DIFAL CONSUMO APÓS INFORMAÇÃO", em que os valores excluídos do auto de infração se encontram pintados de vermelho, sendo que na coluna "difal após inform" os valores encontram-se zerados.

O valor original desta infração em relação ao exercício de 2012 que consta do auto de infração é de R\$1.153,64 e no novo auto de infração, após as exclusões decorrentes da peça de defesa, foi reduzido para R\$1.146,04.

Resume que o valor total da infração 01 foi reduzido de R\$223.167,47, para R\$185.380,95. E o valor da infração 02, foi reduzido de R\$39.501,43, para R\$39.322,43. Já o valor total do auto de infração foi reduzido de R\$262.501,43, para R\$224.703,74, conforme diz constar do novo demonstrativo de débito após a informação fiscal.

Aduz que os resultados e exclusões acima relatados são resultado da análise dos anexos numerados de documento 01 a documento 09, presente às folhas 28 a 78 do presente processo.

Explica que com relação ao anexo “Doc. 02”, fls. 55, referente à cópia do DANFE da NF-e nº 000.056.305, emitida em 26/03/2013, pela empresa WESTCON BRASIL LTDA, verificou constar as seguintes NCMs: a) 8517.6248; b) 8517.6259; c) 8504.4029; d) 8517.7010. E que o inciso XIII, do Artigo 266, do RICMS, aprovado pelo Decreto 13780/2012, contempla os NCMs 8517.62.5, 8517.62.4, resultando que apenas o NCM 8517.7010, não é alcançado pela Redução de base de cálculo, de

modo que o seu valor de R\$3.003,61, será mantido no auto de infração.

Em relação ao anexo Doc. 03, a autuada faz juntar ao processo, DANFEs referentes às NF-e de números 000.041.811, 000.041.772 e 000.041.785, folhas 57 a 59 do processo, todas emitidas pela empresa WESTCON BRASIL LTDA, diz que na emissão das referidas notas fiscais, para todos os itens foi utilizado o CFOP 6102 - Venda de mercadoria adquirida de terceiros para comercialização, sendo que para todos os itens listados nos documentos fiscais citados, foi aplicada a NCM 9999.9999, as mercadorias se tratam de SOFTWARE de prateleiras.

Afirma que em relação a esta mercadoria "software de prateleira", a SEFAZ – BAHIA se posicionou no parecer Nº 22625/2013, que se trata de mercadoria alcançada pela redução da base de cálculo do imposto, na forma prevista no art. 268, inciso X, do RICMS/BA (Dec. nº 13.780/12), de forma que a carga tributária seja equivalente a 7%.

Sendo assim, entendeu o Autuante que considerando que as aquisições em questão foram feitas na condição de usuário final, sobre tais aquisições deve incidir o ICMS diferencial de alíquota, com a aplicação da alíquota de 7%, sem direito a crédito, já que nas aquisições em questão ocorreu sem a incidência de impostos, conforme consta dos referidos documentos, inclusive no campo "Dados Iniciais - Informações Complementares".

Explica que no Doc. 04, a autuada junta ao processo a NF-e 000.023.038, emitida pela empresa PLATINOX COMÉRCIO DE EQUIP. GASTRONOMIA LTDA, e que por meio desta nota fiscal a autuada adquiriu batedeira industrial, liquidificador industrial, descascador de legumes, processador de alimentos, cafeteira elétrica, balança eletrônica, bebedouro elétrico, freezers, panela elétrica, estrado de plástico, mesa para computador, armário, cadeira secretária, arquivos com gavetas, armário vestuário 08 portas, balança mecânica 150 kg e coletores de lixo.

Ressalta que o CFOP utilizado para todos os itens foi o de código 6102 - venda de mercadorias adquirida de terceiros para comercialização, sendo que as NCMs constantes do referido documento fiscal (NFE 000.023.038) foram as seguintes: a) 3922.9000; b) 8210.0090; c) 8418.3000; d) 8418.5090; e) 8418.6931; f) 8423.8110; g) 8423.8200; h) 8438.1000; i) 8438.6000; j) 8516.7910; l) 9403.1000; m) 9403.3000; n) 9403.9090.

Assevera que quando os NCMs acima são confrontados com aqueles listados no inciso XIII, do artigo 266, fica constatado que nenhuma das NCMs listadas na NFE 000.023.038, encontra-se amparada com redução de base de cálculo na legislação baiana, de modo que em relação a esta nota fiscal, manteve seus valores como consignados originalmente no auto de infração. Informou ainda que os itens em questão são utilizados na esfera administrativa da empresa autuada, especificamente cozinha e refeitório.

Quanto ao anexo identificado por Doc. 05, diz que se referem às NFEs de números 000.079.220 e 000.079.221, utilizadas pela autuada para aquisições de Armários para redes, jogo de união externo, parede lateral, lateral retentora, estribo de guia de cabo, parafuso, porca, bandeja de fixação e placa cega, produtos com NCMs: a) 7318.1500; b) 7318.1600; c) 8438.9090; d) 8473.3019; e) 8538.9090.

Explica que dos itens relacionados nas referidas notas fiscais, apenas a NCM 8473.3019, encontra-se amparado com aludida redução de base de cálculo e assim, informa que acatou os argumentos defensivos da autuada, com a correção dos valores exigidos a maior no auto de infração relativo apenas ao referido NCM 8473.3019.

Quanto ao anexo Doc. 06 representado pela NFe número 000.011.746, diz que se refere a aquisições de materiais destinados a uso e consumo do estabelecimento a exemplo de envelopes, marcadores de textos, apontador simples, grampeador, grampos, pastas az, canetas, tesouras, fitas adesivas, lápis, caderno espiral pilhas Panasonic e CD RW regravável.

Em relação às “pilhas Panasonic” e os “CD RW”, afirma que são produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, de modo que estes dois itens foram excluídos do auto de infração e em relação aos demais itens foram mantidos no auto de infração.

De referência ao Doc. 07 – diz referir-se a NFe número 000.001.362, emitida pela TELE WORK SISTEMAS E AUTOMAÇÃO LTDA, e a NFE 000.384.678 e esta última emitida pela CONTABILISTA PAPELARIA E INFORMATICA.

Aponta que se refere a aquisição de: AP coleta dados controle e acesso frequência, caixa de bobina 360m, canetas esferográficas, marca texto, cola bastão, tesoura, lápis, apontador, envelope, papel chamex, grampeador, grampo, clips, etiqueta, postite, corretivo, saco plástico ofício, borracha pasta az, tela privacidade e cavalete.

As empresas vendedoras registraram tais operações com as seguintes NCMs: a) 3506.1090; b) 3824.9029; c) 3920.6100; d) 4016.9200; e) 4202.1210; f) 4421.9000; g) 4802.5610; h) 4811.9090; i) 4817.1000; j) 4820.1000; l) 4820.3000; m) 4820.9000; n) 4821.9000; o) 8213.0000; p) 8214.1000; q) 8305.2000; r) 8305.9000; s) 8472.9040; t) 8543.7099; u) 9608.1000; v) 9608.2000; x) 9609.1000.

Diz que de todas as NCMs listadas, apenas os números 4811.9090 e 8472.9040 constam da lista relativa ao inciso XIII, do art. 266 do RICMS/BA, de modo que foram seus valores excluídos do auto de infração e respectivo demonstrativo de débito.

Quanto ao Doc. 08, diz que se refere às notas fiscais números 000.384.678, emitida pela CONTABILISTA PAPELARIA E INFORMATICA, e a NFe 000.023.037, emitida pela empresa PLATINOX COMÉRCIO E GASTRONOMIA LTDA, também.

Alerta que a nota fiscal de número 000.384.678, já consta do documento 07, e que sobre esta já se manifestou ao abordar as alegações do contribuinte quando comentamos sobre os documentos do documento 07.

Já quanto à NFe de número 000.023.037, diz ter acobertado as operações de vendas pela emitente dos seguintes itens: cubas, saladeira, açucareiro, bandejas, cesta para pães, porta sachê, colher, conchas, copetes, cumbuca, escumadeira, espátula, facas, frigideiras, garfos, garrafas térmicas, pegador de gelo, paliteiro, pegador de massas, pegador de salada, porta talheres, pote para sobremesa, prato salada, prato de mesa, saladeira, travessa, assadeira, caçarola, xícara, botija térmica, caldeirão, lixeiras, facas, tampas de cubas, ou seja, utilidades domésticas, utilizadas em cozinhais e refeitórios.

Afirma que empresa vendedora registrou tais operações com a utilização das seguintes NCMs: 3901.2029; 3920.1090; 3920.5100; 3922.9000; 3923.1090; 3923.9000; 3924.1000; 3924.1000; 3924.9000; 3924.9000; 3924.9000; 5208.3200; 6911.1010; 6911.1090; 7013.4290; 7013.4900; 7013.4900; 7013.9900; 7013.9900; 7310.2910; 7310.2990; 7323.9100; 7323.9300; 7323.9300; 7323.9300; 7323.9900; 7326.9090; 7615.1900; 7615.1900; 7615.1900; 7615.1900; 7615.1900; 7615.1900; 8203.5100; 8205.5100; 8205.5100; 8210.0090; 8211.9100; 8211.9210; 8214.9090; 8215.1000; 8215.1000; 8609.0000; 9604.0000; 9604.0000.

Afirma que as NCMs listadas acima não constam da relação presente no inciso XIII, do art. 266, do RICMS/BA, de modo que entende por manter a infração original de referência à nota fiscal 000.023.037.

Em relação ao Doc. 09 – que se refere à NF-e 000.011.746 – afirma que este documento já foi analisado e comentado, pois o contribuinte já havia a ele se reportado por meio do documento 06, folha 66 do processo.

Acrescenta que, conforme se constata na planilha onde as notas fiscais estão relacionadas, a empresa não adquiriu apenas produto de informática, pois além dos produtos de informática, foram adquiridos outros bens, tais como: a) ACESS. P/ MONTAGEM DE PAINELIS PRE -PINT; b) ANTENA UBIQUITI AIRMAX NSM2 NANOSTATION2; c) Armário alto 2 portas em Arvoplac; d) Armário vestiário 6 portas; e) Balança plataforma mecânica 150kg; f) BANDEJA P/FIXAÇÃO EM 2 PLANOS 19"-600MM; g) Batedeira 12 litros; h) Bebedouro de mesa; i) Cadeira giratória com brasão; j) Cafeteira elétrica 10 litros; l) FILTRO P Grupo gerador a diesel 150kVA; m) Freezer horizontal 300 litros; n) FRIGOBAR; o) Liquidificador industrial 8 litros; p) Mesa para computador com gaveta; q) Panela elétrica 10 litros; r) PARAFUSO M6X16 COM RANH. TRANSV. PHILIPS; s) PORCA TIPO GAIOLA M6 SEM CONTATO - 0.8 A., dentre outros.

Dizendo “Para melhor entendimento do assunto”, reproduz o conceito legal do que vem a ser compreendido como ativo imobilizado nos termos da Lei 6.404/76 - Lei das S/A, assim como o que determina a Lei 12.973/2014 que tratam do tema “Ativo Imobilizado”, bem como da jurisprudência sobre o tema.

Afirma que os itens constantes das letras 'l', 'r' e 's', jamais poderiam ser classificados como ativo imobilizado, seja por que em relação a eles não é esperada vida útil superior a dozes meses, tampouco o seu custo unitário alcança o valor determinado pela Lei 12.973/2014, que fixa que para que um item possa ser classificado como bem do ativo imobilizado, há que ter uma vida útil superior a doze meses e ter custo unitário superior a R\$1.200,00 de modo que também em relação a estes itens, há de incidir a DIFAL, pois deveriam ser escrituradas como despesas, ou materiais de uso e consumo, jamais como bens do ativo imobilizado.

Acrescenta que os itens citados no intervalo das letras 'b' a 'q', não são bens a serem alocados na atividade principal do contribuinte, pelo contrário, são itens destinados à área administrativa da empresa, não estão voltados à atividade fim da empresa autuada, mas para atividades secundárias, paralelas, auxiliares, atividades meio e como tais, voltados para atividades alheias à atividade principal do contribuinte e sobre elas incidirá a DIFAL, quais sejam: b) ANTENA UBIQUITI AIRMAX NSM2 NANOSTATION2; c) Armário alto 2 portas em Arvoplac; d) Armário vestiário 6 portas; f) BANDEJA P/FIXACAO EM 2 PLANOS 19"-600M; g) Batedeira 12 litros; h) Bebedouro de mesa; i) Cadeira giratória com brasão; j) Cafeteira elétrica 10 litros; m) Freezer horizontal 300 litros; n) FRIGOBAR; o) Liquidificador industrial 8 litros; p) Mesa para computador com gaveta; q) Panela elétrica 10 litros.

Assevera que por meio das notas fiscais 79220 e 79221, documento 05, fls. 63 e 64, da peça defesa, o contribuinte adquiriu produtos vinculados às NCM 7318, 8473 e 8538, de modo que não é verdadeira a informação de que tais aquisições estariam acobertadas com redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 51/92, conforme discriminou e reproduzo abaixo:

- “a) NCM 7318 - Não consta do anexo do convênio ICMS 51/92. O último item da família 73 que consta do anexo do convênio referido é o de número 7307 e após esta NCM a próxima é a de número 8207;
- “b) NCM 8473 - Não consta do anexo do convênio ICMS 51/92. O último item da família 84 que consta do anexo do convênio referido é o de número 8468 e após esta NCM a próxima é a de número 8474;
- “c) NCM 8538 - Não consta do anexo do convênio ICMS 51/92. O último item da família 85 que consta do anexo do convênio referido é o de número 8515 e após esta NCM a próxima é a de número 8543;”

Frisa que por meio dos documentos 06, 07, 08 e 09 o contribuinte junta ao processo os documentos a nota fiscal DANFE nº 11746, onde fica caracterizada a compra de materiais de uso e consumo, tais como: marca texto, apontador de lápis, pasta ofício, papel chamex, canetas esferográficas, borrachas, lápis, grampeador, caçarolas, caldeirões, saladeiras, travessas, assadeiras, botijas térmicas, canecões, colchonetes, cubas, lixeiras, potes de plástico, ralador, tampas para cubas, faca de churrasco, sendo que tais itens devem ser classificados como materiais destinados a uso e consumo.

Ressalta, por último, que não alterou nenhum CFOP, de modo que a infração que exige ICMS a título de DIFAL sobre uso e consumo teve sua elaboração com base nos lançamentos efetuados pela própria empresa, com a utilização do CFOP 2556. Em seguida relaciona os referidos NCMs e sua descrição.

Reproduz excerto do texto emitido pelo IBRACON - Instituto Brasileiro de Contadores, já definiu, por **meio do provimento nº Na página 477** do processo, em que conceitua “ativo imobilizado”, e julgados, contendo também o conceito bens para uso e consumo.

Assevera que os documentos fiscais objeto da autuação foram escriturados pelo próprio contribuinte com a utilização do CFOP 2556, por se tratar de produtos adquiridos pelo contribuinte

na condição de consumidor final e são, portanto, produtos destinados a uso e consumo do estabelecimento, e como decorrência desta condição, sobre eles há de incidir o ICMS na modalidade de DIFAL, inclusive com previsão no Art. 155 da Constituição Federal, que reproduz.

Pontua que a planilha do levantamento fiscal que relaciona os bens destinados ao ativo imobilizado da empresa, do exercício de 2013 é composta por 140 linhas ou itens, mas que “*a defesa fez referência a apenas um destes itens e juntou tudo num mesmo saco e afirmou que as operações de aquisições de ativo (informática) e seus periféricos, estariam alcançadas por redução de base de cálculo, não analisando cada item, tampouco os exercícios aos quais estariam vinculados, o que caracteriza DEFESA GENÉRICA, não tolerada pelo sistema processual brasileiro, seja ele JUDICIAL ou ADMINISTRATIVO.*” Em seguida cita o Art. 302 do CPC e doutrina sobre defesa genérica.

Em conclusão o Autuante, resume que:

“*Todos os argumentos defensivos da autuada foram analisados minuciosamente, sendo que dessa análise resultou em acatamento parcial das alegações defensivas, que pode ser constatado nas alterações dos valores das respectivas planilhas.*

Assim, os documentos referidos pela defesa de números 01 a 09, tiveram as notas fiscais juntadas ao processo pela autuada marcadas de vermelho em relação aos argumentos acatados por este preposto fiscal.

Na respectiva planilha foi adicionada uma coluna denominada "difal após inform" fiscal, de modo a ficar mais transparente o resultado alcançado pela defesa.

Deste modo, em relação ao documento 02, nota fiscal 56305, será excluída do auto de infração, a importância de R\$8.958,04, já que na origem tais operações foram tributadas com alíquota de 12%, mas que na Bahia será tributada com alíquota efetiva de 7%.

Ou seja, de fato, em relação aos itens em questão não há falar-se em diferença a recolher a título de DIFAL.

Já com referência ao Documento 03, será excluída do auto de infração a importância de R\$18.055,06, uma vez que na origem as operações em tela foram tributadas com a alíquota de 7%, e na Bahia, tais operações são beneficiadas com redução de base de cálculo de modo que a carga tributária final resulte em 7%, de modo que acatamos os argumentos da empresa e tais valores serão excluídos do auto de infração.

Com relação ao documento 04 mantém-se os valores constantes originariamente no auto de infração

Já com referência ao documento nº 05, exclui-se do auto de infração a importância de R\$6.336,66, sendo R\$3.439,24, referente à nota fiscal 79220 e R\$2.897,42, relativamente à nota fiscal 79221.

Documento 06 - trata do CD e pilhas, sujeitos ao regime de substituição tributária e que teve os respectivos valores excluídos do auto de infração.

Documento 07 - foram excluídos do auto de infração os valores cobrados relativamente às NCMs 4811 e 8472.9040.

Documento 08 - nenhuma das NCMs listadas no documento fiscal consta do convenio icms 52/91, tampouco do anexo do inciso XIII, do artigo 266, do RICMS do Estado da bahia.

Documento 09 - NFE 000.011.746 - A NFE EM EVIDÊNCIA, JÁ FOI ANALISADA E COMENTADA, POIS O CONTRIBUINTE JÁ HAVIA A ELA SE REPORTADO POR MEIO DO DOCUMENTO 06, FOLHA 66 DO PROCESSO.

Marcamos na planilha, de vermelho, as NCMs alcançadas com redução de base de cálculo, de modo a visualizar tais ocorrências.

Postas estas considerações, a nossa informação é no sentido de manter as exigências contidas no auto de infração acima epigrafada parcialmente, no valor total de R\$224.703,74, conforme consta do novo demonstrativo de débito do auto de infração 206888.0065/15-0, e planilhas que serão entregues ao contribuinte por meio de mídia digital, CD.”

A defesa volta a se pronunciar às fls. 122 a 131, porém nada apresenta de novidade, apenas repete os argumentos defensivos constantes da peça de defesa inicial, e sequer comenta as alterações feitas pelo Autuante em sua informação fiscal.

A Auditora Cláudia Lins Meneses Lima na condição de “fiscal estranho ao feito”, tendo em vista o fato de que o Autuante está em gozo de licença, se pronuncia às fls. 135 a 142, resume quanto à informação fiscal inicial que:

“A informação fiscal inicial admitiu alguns argumentos da defesa em relação a Infração 01, difal de ativo, que reclamava a importância de R\$7.086,80. Como resultado da defesa apresentada pelo contribuinte, o valor original foi reduzido para R\$2.650,40. Foi criada uma nova planilha denominada "ATIVO 2012 APÓS INFORM".

Com relação a ao exercício de 2013, foi reclamado ICMS difal de ativo no valor de R\$216.080,67. Como resultado da defesa, tal valor foi reduzido para R\$182.730,91. Também em relação ao exercício ora analisado, foi criada uma planilha denominada "ATIVO 2013 APÓS INFORM".

Com relação a Infração 02, exercício de 2012, esta teve o seu valor reduzido de R\$1.153,64, para R\$1.146,04. Foi criada uma nova planilha denominada "CONSUMO 2012 APÓS INFORM". No exercício de 2013, foi reclamado ICMS difal de consumo e como resultado da defesa, tal valor foi, também, reduzido. Também em relação ao exercício ora analisado, foi criada uma planilha denominada "CONSUMO 2013 APÓS INFORMAÇÃO".

Todos os argumentos defensivos da autuada foram analisados minuciosamente, sendo que dessa análise resultou em acatamento parcial das alegações defensivas, o que pode ser constatado nas alterações dos valores das respectivas planilhas.”

Lembra que em razão da última manifestação defensiva nada de novo foi apresentado pela defesa, porém, propõe alteração no valor do débito de R\$262.668,90 para R\$203.930,44.

Lembra que inicialmente a Impugnante pede a nulidade da Informação Fiscal visto que os valores apontados como devidos, após redução, referentes a infração 02 não condizem com a realidade posta no Auto de Infração. E ainda que não há ausência de recolhimento de diferença de alíquota pois as aquisições constantes da infração 01 foram de mercadorias que se enquadram no artigo 266, XIII, do RICMS/BA. Como também que, na infração, foi cobrada a aquisição de programas de computador e que tais operações não têm incidência de ICMS. Aduz ainda que, quanto às mercadorias restantes, o RICMS concede redução de base de cálculo, conforme Art. 266, inciso I, a e b, relacionados no Conv. 52/91.

Afirma que sobre a infração 02, a defesa discorre novamente sobre os equipamentos de informática e alega que nas aquisições de software não houve incidência de ICMS. Continua afirmando que foi considerado nesta infração mercadorias cujas operações são ditadas pelo artigo 266, XXIII e 268 XV.

Ainda sobre a infração 02, diz que a defesa contesta a cobrança sobre as operações que, segundo a defesa, tem base de cálculo reduzida pelo Art. 266, XXIII, incisos i e k. Ainda sobre essa infração contesta a cobrança de aquisições de instrumentos de desenho ou de cálculo cuja base de cálculo, segundo a defesa, é reduzida pelo Art. 268, XVI, alínea b.

Reproduziu a conclusão da defesa a qual afirma que “*Em que pese a suposta violação assinalada, ante os preceitos constitucionais, a previsão legal e a boa-fé da conduta da empresa manifestante, cumpre a autoridade fiscalizadora aplicar multa percentual que não represente confisco do patrimônio da mesma*” e ainda que “*Reitera o pedido de fiscal estranho ao feito através das ASTEC. Pede ainda a nulidade ou procedência parcial do Auto em epígrafe.*”

Em sua informação fiscal sobre os argumentos defensivos diz que quanto ao argumento de entrada de hardwares, periféricos e afins, contemplados com a redução da base de cálculo do Art. 266, inciso XIII, verificou que todas as mercadorias com os NCMs citados no artigo 266 foram removidos do demonstrativo, com exceção dos de numeração NCM 85176239, 85176241 e 85144040

que haviam remanescido e, foram, agora, retirados da infração, como pode ser comprovado no novo demonstrativo anexado à informação fiscal.

Assevera que quanto a compra de "software de prateleira", reitera os argumentos da informação fiscal anterior:

A autuada faz juntar ao processo, DANFES referentes às NF-e de números 000.041.811, de 24/07/2013; NF-e 000.041.772 e NF-e 000.041.785, folhas 57 a 59 do processo, e que para todos os itens listados nos documentos fiscais citados, foi aplicada a NCM 9999.9999, sendo que as mercadorias listadas nas referidas notas fiscais são SOFTWARE de prateleiras, ou seja, vendidos indistintamente a qualquer interessado e não foram comercializados em virtude de encomenda específica pela autuada, exigência contida no Parecer Nº 22.625/2013 que concluiu ser as operações com software de prateleira quando sua comercialização ocorrer indistintamente a qualquer cliente interessado, caracteriza-se como uma "*operação de circulação de mercadoria sujeita à tributação do imposto estadual*". Assim, conclui que deve ser considerada a redução da base de cálculo, de modo que a carga tributária final resulte em 7%.

Confirma que em considerando que as aquisições em questão foram feitas na condição de usuário final, sobre tais aquisições incidirá o ICMS diferencial de alíquota, com a aplicação da alíquota de 7%, sem direito a crédito, já que nas aquisições em questão não ocorreu a incidência de impostos, conforme consta dos referidos documentos, inclusive no campo "Dados Iniciais - Informações Complementares". Diz que foi desta forma considerado nos demonstrativos em anexo.

Quanto ao argumento da compra de mercadorias cuja base é reduzida pelo Art. 266, Inciso I, diz ser fácil verificar nos demonstrativos anexos, através dos NCMs e pela descrição do item, que nenhuma das mercadorias listadas nas planilhas de cobrança tem redução de base de cálculo amparada pelo Conv. 52/91 ou pelo RICMS/BA e por conseguinte no Art. 266, incisos I, a e b. Frisa que sobre os demais itens reitera os argumentos anteriores:

Em relação aos itens relacionados nas notas fiscais, 79220 e 79221, afirma que todas as mercadorias são destinadas ao uso e consumo e apenas a mercadoria de NCM 8473.3019 encontra-se amparada com redução de base de cálculo e diz que acatou os argumentos defensivos, e efetuou a correção dos valores efetivamente exigidos a maior no auto de infração.

A autuada adquiriu materiais destinados a uso e consumo do estabelecimento para serem utilizados na esfera administrativa da empresa porém quanto às pilhas Panasonic e os CD RW, destaca que são produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, de modo que estes dois itens foram excluídos do auto de infração.

Explica que de todas as NCMs listadas, na NF 1362, apenas os NCMs 4811.9090 e 8472.9040 constam da lista relativa ao inciso XIII, do art. 266 do RICMS/BA, de modo que terão os seus valores excluídos do auto de infração e respectivo demonstrativo de débito.

Assevera que o pedido de nulidade da informação fiscal inicial é descabido, pois a informação fiscal detalhou com minúcia e competência todos os itens cobrados nas infrações, além de ter apresentado a fundamentação legal para a cobrança das diferenças de alíquotas em questão e haver apresentado o demonstrativo do débito final com valores corretos.

Diz que em sua intervenção corrigiu apenas a difal de compra de hardware, retirando os itens remanescentes da planilha original e esclarece que anexou novo demonstrativo do débito com as correções efetuadas e as planilhas de difal também corrigidas. Em seguida apresenta os novos valores sugeridos após sua informação, que reproduzo a seguir:

INFRAÇÃO 01			
ANO	MÊS	VALOR ANTERIOR	NOVO VALOR
2012	3	R\$1.783,70	R\$0,00
2012	4	R\$1.267,00	R\$10,50

2012	8	R\$2.156,00	R\$2.156,00
2012	9	R\$22,90	R\$22,90
2012	12	R\$1.857,20	R\$461,00
2013	7	R\$9.108,22	R\$150,18
2013	8	R\$17.633,07	R\$17.633,07
2013	10	R\$53.775,19	R\$53.775,19
2013	11	R\$23.420,32	R\$18.003,80
2013	12	R\$112.143,87	R\$72.395,37
		R\$223.167,47	R\$164.608,01

INFRAÇÃO 02			
ANO	MÊS	VALOR ANTERIOR	NOVO VALOR
2012	2	R\$2,60	R\$2,60
2012	4	R\$986,54	R\$978,94
2012	8	R\$164,50	R\$164,50
2013	10	R\$34.980,00	R\$34.980,00
2013	11	R\$635,44	R\$635,44
2013	12	R\$2.732,35	R\$2.560,95
		R\$39.501,43	R\$39.322,43

Após o presente PAF ser dado por instruído, conforme fl. 164, a defesa se pronuncia novamente às fls. 166 a 174, porém, a despeito de nada de novo apresentar, o colegiado da 2ª JJF entendeu necessário a remessa dos autos para que o Autuante apresentasse nova informação fiscal acerca deste último pronunciamento defensivo, conforme diligência constante da fl. 179.

O Auditor Fiscal Autuante, tendo voltado da licença, apresenta sua última informação fiscal, afirma que nada de novo apresentou a defesa e concorda com as alterações propostas pela Auditora Cláudia Lins Meneses Lima na condição de “fiscal estranho ao feito”, tendo em vista o fato de que o Autuante estava em gozo de licença, conforme fls. 135 a 142.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos. De início, portanto, afasto a arguição de nulidade e o pedido de diligência, tendo em vista que as informações fiscais supriram todas as correções que se fizeram necessárias, e sobretudo por considerar que os elementos dos autos são suficientes para a correta cognição sobre o feito.

Em relação à infração 01 que acusa a Impugnante de haver deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, verifiquei que as irregularidades apontadas pela defesa foram sanadas pelas revisões empreendidas por ocasião das diversas informações fiscais, sendo que:

1. corrigiu os valores erroneamente lançados em função da ocorrência no levantamento original de mercadorias que se enquadram ao que dispõe o artigo 266, XIII, do RICMS/BA, como também os casos de mercadorias isentas.
2. com relação a aquisição de programa de computador (software), onde é requerido o recolhimento do diferencial de alíquota, restou comprovado que de fato tratava-se de mercadoria tributada por se tratar de SOFTWAREs de prateleiras, ou seja, vendidos



indistintamente a qualquer interessado e não foram comercializados em virtude de encomenda específica pela autuada, exigência contida no parecer DITRI/GECOT Nº 22625/2013, para classificar o produto como alcançado pelo ICMS.

3. De referência ao argumento de que as aquisições de mercadorias realizadas através das notas fiscais números 23.038, estão abarcadas pelo disposto no artigo 266, inciso I, alínea ‘a’ e ‘b’, restou comprovado que nenhuma das NCMs listadas na NFE 23.038, encontra-se amparada com redução de base de cálculo na legislação baiana, de modo que em relação a esta nota fiscal, foram mantidos seus valores como consignados originalmente no auto de infração.
4. Quanto às NFes de números 79.220 e 79.221, comprovou-se nos autos que não é verdadeira a informação de que tais aquisições estariam acobertadas com redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 51/92.

Desta forma, considerando que a defesa não refutou os argumentos trazidos pelo Autuante em sua informação, nem sequer questionou o novo levantamento fiscal apresentado após a realização das correções propostas pela própria defesa, decido me filiar ao resultado proposto pela Auditora Fiscal Cláudia Lins Meneses Lima realizado na condição de “fiscal estranho ao feito”, tendo em vista o fato de que o Autuante estava em gozo de licença, conforme fls. 135 a 142, o qual também contou com o crivo do Autuante, para julgar procedente em parte a infração 01, e adotar os seguintes valores:

INFRAÇÃO 01			
ANO	MÊS	VALOR ORIGINAL	VALOR JULGADO
2012	3	R\$1.783,70	R\$0,00
2012	4	R\$1.267,00	R\$10,50
2012	8	R\$2.156,00	R\$2.156,00
2012	9	R\$22,90	R\$22,90
2012	12	R\$1.857,20	R\$461,00
2013	7	R\$9.108,22	R\$150,18
2013	8	R\$17.633,07	R\$17.633,07
2013	10	R\$53.775,19	R\$53.775,19
2013	11	R\$23.420,32	R\$18.003,80
2013	12	R\$112.143,87	R\$72.395,37
		R\$223.167,47	R\$164.608,01

Destarte, fica a infração 01 reduzida de R\$223.167,47 para R\$164.608,01.

Em relação à infração 02, que versa sobre falta recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, verifico também que o Autuante procedeu as devidas correções levando em consideração os argumentos defensivos que julgou pertinente, e verifiquei que os novos demonstrativos apresentados pelo Autuante e pelo revisor estranho ao feito, levados ao conhecimento da defesa, não foram questionados, de forma que, após a devida análise, registro concordar com as correções propostas e por isso voto pela procedência em parte da infração 02, adotando como devido o valor apontado pela revisora Auditora Fiscal Cláudia Lins Meneses Lima realizado na condição de “fiscal estranho ao feito”, tendo em vista o fato de que o Autuante estava em gozo de licença, conforme fls. 135 a 142, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO 02			
ANO	MÊS	VALOR ORIGINAL	VALOR JULGADO
2012	2	R\$2,60	R\$2,60
2012	4	R\$986,54	R\$978,94

2012	8	R\$164,50	R\$164,50
2013	10	R\$34.980,00	R\$34.980,00
2013	11	R\$635,44	R\$635,44
2013	12	R\$2.732,35	R\$2.560,95
		R\$39.501,43	R\$39.322,43

Destarte, fica a infração 02 reduzida de R\$39.501,43 para R\$39.322,43. Restando que o valor final do presente lançamento de crédito fiscal fica reduzido de R\$262.668,90 para R\$203.930,44.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206888.0065/15-0**, lavrado contra a empresa **CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$203.930,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala de Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

ANTONIO EXPEDITO DOS SANTOS MIRANDA - JULGADOR