

**A. I. Nº** - 233082.0004/10-5  
**AUTUADO** - ANA MARIA CREMASCO  
**AUTUANTE** - PAULO CESAR FONTES MATOS  
**ORIGEM** - IINFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 12.05.2011

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJJ Nº 0105-04/11**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento da antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado. Comprovado que parte da mercadoria possui redução de base de cálculo para as operações internas subsequentes, de modo a que a carga tributária equivala a 7%, em face da disposição do § 8º, do art. 352-A do RICMS-BA, sobre elas não há imposto a antecipar parcialmente. Reenquadramento da multa proposta. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em 09/09/2010, para exigir ICMS no valor de R\$ 22.933,44, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 17.403,36, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de julho a outubro e dezembro de 2007, março a julho, agosto e outubro de 2008, conforme planilhas e documentos fiscais às fls. 08 a 155 dos autos. Foram dados como infringidos os artigos 352-A; 125, II, §§ 7º e 8º, c/c art. 61, IX e 386, I, do RICMS/BA, tendo sido aplicada a multa de 50%, nos termos do art. 42, I, “b”, da Lei nº. 7.014/96;

Infração 02 – Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 5.532,08, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de novembro de 2007, janeiro, fevereiro, junho, setembro e novembro de 2008, conforme planilhas e documentos fiscais às fls. 08 a 155 dos autos. Foram dados como infringidos os artigos 352-A; 125, II, §§ 7º e 8º, c/c art. 61, IX e 386, I, do RICMS/BA, tendo sido aplicada a multa de 50%, nos termos do art. 42, I, “b”, da Lei nº. 7.014/96;

O contribuinte, às fls. 162 a 164 dos autos, impugna o Auto de Infração dizendo constar irregularidades no procedimento fiscal, pois os números apontados não correspondem à realidade e faz a seguinte pontuação:

- a) Transcrevendo o dispositivo legal, diz que o RICMS-BA, no art. 87, inciso V, informa que as operações internas com os produtos de informática tem base de cálculo reduzida;
- b) Que o autuante não deveria separar os produtos pelo código NCM constantes no Anexo 5-A, comparando também com os códigos NCM contidos nas notas fiscais de aquisições de mercadorias interestaduais do período apurado;

- c) Que a auditoria feita e demonstrada nas planilhas “Doc. 01.05” atropelou as normas do RICMS-BA, pois omitiu o direito do benefício da elisão fiscal;
- d) Que a lógica matemática diz que  $7-7=0$ . Portanto, não tem que se falar de diferença de ICMS nesse tipo de operação;
- e) Que o lançamento tributário impõe condições inafastáveis; o que consta no dever de a autoridade administrativa conhecer solidariamente as hipóteses de incidência com o objetivo de quantificar o valor devido e a que demanda de proceder o lançamento com base em irregularidade concretamente detectada como infração à legislação tributária;
- f) Que o lançamento se constitui em *aberratio finis legis*, por pretender impor uma tributação sem lógica e sem base legal, com ofensa ao princípio da estrita legalidade a informar e criar lançamentos inverídicos a incidência tributária.

Conclui dizendo que o auto de infração é imprestável à finalidade a que se destina, por abrigar vícios que o inquinam de nulidades, consistentes na omissão e inobservância de formalidades essenciais à existência do ato, faltando-lhe igualdade, legalidade do objeto e existência de motivo, posto que as alegadas irregularidades não subsumem aos textos regulamentares. Então, os fatos dados como justificativas do procedimento não se alicerçam em realidade fática *legis* ou *juris*, impondo-se, por isso, a declaração *in li mine* de sua nulidade.

Quanto ao mérito, diz que o lançamento é improcedente uma vez que e fora de dúvida a não sujeição do ICMS por falta de *Lex icriptia*, fixando tributação sobre os bens em litígio.

O autuante, ao prestar a informação fiscal de fls. 175 a 179, diz que o ato praticado vem constituído de todos os elementos necessários para que um ato administrativo vinculado produz efeitos, como a competência, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade e toda ação fiscal foi embasada na Lei. 7.014/96, estando a matéria disciplinada no RICMS-BA, art. 352-A, § 8º, c/c o art. 386, VII, “b”, dispositivos que transcreve.

Aduz que quando o optante do Simples Nacional adquire mercadorias sujeitas ao regime de tributação normal em operações interestaduais para comercialização, cobra-se, à título de antecipação tributária parcial, a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, e as únicas reduções aplicáveis são aquelas estabelecidas nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 352-A, vedada a agregação de qualquer valor.

Aduz que para o cálculo da antecipação parcial incidente nas aquisições interestaduais para comercialização de aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (hardware) inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, pelas empresas do Simples Nacional, não poderá aplicar o benefício fiscal da redução de base de cálculo do imposto estabelecida no RICMS-BA, art. 77, inciso I, devendo efetuar o recolhimento do imposto na forma estabelecida no § 8º do art. 352-A, do RICMS-BA.

Defende que esta é a previsão legal e o entendimento já pacificado da DITRI através de seus diversos pareceres para o período fiscalizado em questão (01/07/2007 a 31/12/2008, pois somente através da alteração 134 do RICMS-BA, com efeitos a partir de 01 de maio de 2010, que foi inserida na legislação a disciplina estabelecida no § 2º do art. 352-A, do RICMS-BA, relativa à redução da base de cálculo do imposto devido por antecipação parcial quando há previsão de aplicabilidade deste mesmo benefício para as operações efetuadas pelas empresas optantes do Simples Nacional e sim, somente sim, a partir de 01 de maio de 2010.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS referente à antecipação parcial, conforme planilhas às fls. 08, 09, 10, 64 a 66 dos autos.

O sujeito passivo, em sua impugnação ao lançamento de ofício, em outras palavras, aduz se tratar de aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (hardware), de

uso exclusivo em informática, inclusive automação, indicados no Anexo 5-A, de forma que a carga tributária incidente nas operações internas subsequentes corresponda a 7%, conforme previsto no art. 87, V, do RICMS/BA.

Inicialmente, da análise das peças processuais, verifico que embora a maioria das mercadorias objeto do auto de infração seja de uso informático, existem produtos que não estão contemplados no Anexo 5-A do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, mais especificamente os constantes das notas fiscais 019552, 004138, 008158, 940058, 014613, 03152 e 006899 (fls. 21, 43, 94, 99, 123, 127 e 155) exemplo de: CADEIRAS, CANETAS, CORRETIVO, GRAFITE, LAPISEIRA, MARCADORES, ENV SACOS, PERFURADOR, GRAMPO, ESTILETE, PASTAS, REGISTRADOR AZ, FITA EMPAC, LAPIS e TINTA, etc, não passíveis de redução de base de cálculo em operações internas subsequentes. Em relação a estas mercadorias adquiridas pelas notas fiscais citadas, não há dúvida que são passíveis da antecipação tributária de ICMS na forma acusada. Entretanto, também verifico que as aquisições foram efetuadas em estabelecimentos industriais (NFs fls. 12, 14, 17, 23, 25, 29, 32, 33, 35, 37, 38, 40, 41, 42, 47, 49, 90, 91, 93, 95, 101, 102, 103, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 116, 118, 119, 121, 122, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 132, 133, 134, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 144, 145, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154) e comerciais (as demais notas fiscais) e que nas planilhas de fls. 09, 10, 65 e 66, não contempla qualquer redução de base de cálculo no cálculo da antecipação tributária exigida.

Quanto ao mérito da lide referente a aquisição por empresas enquadradas no Simples Nacional de aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (hardware), de uso exclusivo em informática, inclusive automação, indicados no Anexo 5-A, ao contrário do entendimento do autuante, entendo aplicar-se a redução da base de cálculo prevista no §2º, do art. 352-A do RICMS-BA, nada tendo a antecipar, pois conforme dispõe o art. 87, V do RICMS-BA., as operações internas subsequentes dessas mercadorias contemplam redução de base de cálculo de modo a que a carga tributária corresponda a 7%.

Neste caso, por tratar de matéria igual à veiculada no acórdão JJF 0065-04/11, por corroborar com o entendimento nele exposto faço uso do voto discordante do ilustre Julgador-Presidente desta JJF Eduardo Ramos de Santana, transcrevendo-o nesta lide. Apenas chamo atenção que nesse voto há um pequeno equívoco na recomendação final de diligência (letra “a”) onde o correto a ser mantido naquele processo como passível de antecipação tributária parcial são as mercadorias que não integram a relação do Anexo A do RICMS-BA:

#### **“VOTO DISCORDANTE**

O lançamento exige ICMS antecipação parcial de empresa optante pelo Simples, tendo o autuado alegado que se refere à aquisição de aparelhos e equipamentos de processamento de dados contemplado com o benefício de redução na base de cálculo de forma que a carga tributária incidente nas operações internas subsequentes corresponda a 7% (art. 87, V, do RICMS).

A autuante alegou que os artigos 352-A, § 8º e 386, VII, “b” não fazem referência ao §2º do art. 352-A do RICMS/BA, mantendo o imposto exigido, tese que foi acatada pelo nobre Relator, tendo observado ainda que partes dos produtos objeto da autuação não estão relacionados no Anexo 5-A do RICMS/BA, relativo aos produtos contemplados com redução de base de cálculo.

Conforme acima relatado o no que tange aos produtos de processamento de dados com carga tributária reduzida nas operações internas, estabelece o RICMS no art. 352-A, §2º:

§ 2º Quando a base de cálculo do imposto relativo à operação subsequente for reduzida, aquela do imposto antecipado será igualmente contemplada com a referida redução, observada a obrigatoriedade de estorno proporcional dos créditos fiscais;

O § 4º do mesmo diploma legal já estabelecia uma redução de 50% do valor do imposto a recolher, nas aquisições em estabelecimentos industriais feitas por microempresas, e 60% se o imposto fosse recolhido no prazo regulamentar.

A redação do § 8º do art. 352-A vigente até o momento da edição do Dec. 12.080/10 com efeitos a partir de 01/05/10 estabelecia que as ME e EPP optantes pelo Simples Nacional, deveriam calcular a antecipação parcial, sem prejuízo das reduções previstas nos §§ 4º, 5º e 6º do mesmo artigo tendo o citado Decreto incluído também o §2º a partir de 01/05/10.

Pelo exposto, entendo que o §2º do art. 352-A (RICMS/BA) estabelecia uma regra geral aplicável a apuração do ICMS antecipação parcial de qualquer estabelecimento independente do regime de apuração do imposto. Entendo também, que a inserção do citado § 2º no §8º do mesmo dispositivo legal por parte do legislador, objetivou apenas esclarecer que as ME e EPP além das reduções previstas nos §§ 4º (redução em função da aquisição na indústria), 5º (desconto pelo pagamento no prazo regulamentar) e 6º (limite de 4% da receita ou das entradas), também se aplicava a regra prevista no §2º em relação às aquisições de mercadorias contempladas com redução da base de cálculo nas operações internas subsequentes.

Para ficar mais patente esse entendimento, vejamos a carga tributária resultante para as empresas com regime Normal e dos Simples, supondo hipoteticamente a aquisição de um computador no valor de R\$1.000,00 de empresa localizada no Estado de São Paulo cuja redução de base de cálculo equipara a 7% (art. 87, V – Anexo 5-A do RICMS):

**Normal:** Pagaria R\$70,00 (7%) de ICMS para SP – Zero de A. Parcial. Caso vendesse o produto com margem de lucro bruto de 30% resultaria em:  $R\$1.300,00 \times 7\% = R\$91,00 - R\$70,00 = R\$21,00$  que corresponde a **2,1%** do valor da aquisição ou **1,62%** da receita de venda.

**Simples (ME/EPP):** Pagaria R\$70,00 para SP e calculando a A. Parcial sem o benefício previsto no §2º, resultaria em R\$100,00 (7%-17% x R\$1.000,00). Se adquirido de indústria e recolhido no prazo, R\$40,00 (redução de 60%). Vendendo o produto por R\$1.300,00 seria onerado de entre R\$16,25 a R\$51,30 [porcentual de 1,25% x R\$1.300,00 - inicial para Receita Bruta de R\$120.000,00 - a 3,95% x R\$1.300,00 – limite da Receita Bruta de R\$2.400.000,00 para EPP, previsto no Anexo IV da LC 123/06]. Como é vedado a utilização do crédito do ICMS antecipação parcial pelas empresas optantes do Simples, a carga tributária resultante é o valor do ICMS antecipação parcial recolhido somado ao ICMS também recolhido contido na tabela do Simples. Neste caso exemplificativo a carga tributária mínima seria de R\$56,25 (R\$40,00 de AP + R\$16,25 de ME) a R\$91,30 (R\$40,00 de AP + 51,30 de EPP), ou seja de 5,6% a **9,1%** da compra ou 4,3% a **7,0%** da receita de venda.

Não é isto que preconiza a Constituição Federal nos artigos 170, IX e 179, ao estabelecer tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte visando incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Convém ressaltar ainda que ao estabelecer limite do valor devido do ICMS antecipação parcial a 4% das receitas do período ou 4% do valor das entradas de mercadorias destinadas à comercialização, o que for maior, no §6º do art. 352-A, RICMS/BA, certamente o legislador procurou estabelecer aquela relação com o

porcentual máximo de 3,95% previsto para as empresas enquadradas como EPP no Simples (R\$2.400.000,00) e não é razoável que a própria legislação do imposto implique em limite em ônus tributário maior como acima demonstrado, incorporando a tese de que a inserção do §2º no §8º constitui nova regra.

Por tudo que foi exposto, opino que o presente processo deve ser convertido em diligência no sentido de:

- a) Separar as mercadorias consignadas em notas fiscais que integrem a relação constante do Anexo 5-A do RICMS, mantendo o valor apurado no demonstrativo elaborado pela autuante;
- b) Com relação às mercadorias consignadas no citado Anexo (equipamentos e aparelhos de processamentos de dados), seja apurado o imposto em conformidade com o disposto no § 2º do art. 352-A do RICMS/BA ou seja, contemplar na apuração da base de cálculo do ICMS antecipação parcial, o valor da redução da base de cálculo previsto na operação subsequente.”

Entretanto, neste voto levanto uma questão de conhecimento oficioso vinculada à penalidade sugerida para ser aplicada nas infrações, atinente à exigência da antecipação parcial por microempresa e empresa de pequeno porte. Neste caso, o autuante propôs a multa de 50%, do art. 42, I, “b”, 1, da Lei nº 7.014/96.

Para as empresas sujeitas ao regime normal de tributação, os casos de antecipação era regulado com a aplicação de multa no percentual de 60%, previsto no art. 42, II, “d”, da lei citada. Este dispositivo legal teve alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, com efeitos a partir de 28/11/07, acrescentando-se a expressão “inclusive antecipação parcial”.

Acerca desta matéria, a Procuradoria Estadual e as Câmaras do CONSEF, vêm decidindo no sentido da irretroatividade da lei editada em 2007, todavia, é consignada nas decisões das instâncias recursais a possibilidade de re-enquadramento da infração, conforme veremos a seguir.

Inicialmente, ressalto que na decisão proferida em 1ª instância, no Acórdão 0233-02-08, da lavra do eminente julgador José Bizerra Lima Irmão (processo nº 269131.0008/07-0), oportunidade em que foi devidamente observado que a multa da alínea “d” do dispositivo citado aplicava-se inicialmente à falta de antecipação “convencional”, relativamente a operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Depois, com a instituição da cobrança do imposto pelo sistema da chamada “antecipação parcial”, tal multa passou a ser aplicada, também, para a falta de antecipação do imposto por esta última modalidade (“antecipação parcial”), considerando-se que ela é espécie do gênero antecipação. Embora não conste que houvesse questionamentos por parte dos contribuintes, o legislador considerou que deveria tornar “mais clara” a norma e acrescentou à referida alínea “d”, a expressão “inclusive por antecipação parcial”. Poder-se-ia dizer que se trata de uma regra interpretativa, e, como tal, teria efeitos retroativos. Acontece que é praticamente impossível haver uma norma “interpretativa”. Só é interpretativa a norma que se limite a explicitar o que a anterior já diz. No caso aqui considerado, o vocábulo “inclusive” deixa evidente que houve “inclusão”, ou seja, que houve acréscimo. Sendo assim, foi criado direito novo. Em matéria penal – e a regra em apreço é de direito tributário-penal –, somente se admite a retroatividade em se tratando do que a doutrina denomina de retroatividade benigna.

Por outro lado, no presente Auto de Infração, a penalidade imputada ao sujeito passivo se encontra prevista no art. 42, inc. I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96. O mencionado dispositivo apresentava a redação abaixo transcrita à época da verificação dos fatos geradores lançados no Auto de Infração:

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*1 - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares:*

...

*b) tratando-se de pessoas dispensadas da escrituração regular de livros fiscais, exceto nos casos de infrações constatadas no trânsito de mercadorias, relativamente ao pagamento:*

*1 - do imposto devido por microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, nas entradas de mercadorias sujeitas a antecipação ou substituição tributária, quando procedentes de fora do Estado;*

(...)

Consignou a PGE, em diversos pareceres, que o texto da norma em questão a despeito de remeter a uma ilação da possibilidade de sua aplicação às hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial por microempresas e empresas de pequeno porte, mostra-se irrazoável, tendo em vista a obrigatória simbiose do artigo em análise e os princípios régios da proporcionalidade e da legalidade estrita, vinculados à imputação de penalidades. Ressaltou que seria ilógico não aplicar uma penalidade adstrita ao regime normal de tributação, prevista no art. 42, inc. II, “d”, aplicando-a, entretanto, aos contribuintes regidos pelo regime simplificado, considerando ademais, o tratamento diferenciado conferido pela Constituição Federal aos pequenos e médios contribuintes, consoante normas estampadas no art. 179 da Carta Magna.

Também foi ressaltada pela PGE a impossibilidade de aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d”, para parte do presente caso, considerando que antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07 (28/11/2007), o dispositivo normativo não abarcava a figura da antecipação parcial, referindo o mesmo ao instituto da substituição tributária, além do referido comando normativo não alcançar expressamente as empresas inscritas nos regimes simplificados de apuração do tributo.

Todavia, consoante entendimento do órgão jurídico do Estado, já se encontrava previsto no ordenamento jurídico tributário estadual, à época da ocorrência dos fatos geradores, a norma tributária-penal, inserida no art. 42, inc. II, alínea “f”, que nos remete à possibilidade de aplicação da multa de 60% para as hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, para todas as categorias de contribuintes, uma vez que de forma conceitual aberta, o referido dispositivo apregoa a aplicação de sanção quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa da prevista no inc. II, do art. 42, que importe em descumprimento de obrigação principal. Nessa linha de entendimento, mostra-se juridicamente possível o re-enquadramento da infração originalmente imputada, conforme autoriza o art. 142 c/c o art. 149 do Código Tributário Nacional (CTN), que ao disciplinar o ato de lançamento tributário afirma que compete à autoridade fiscal propor a penalidade cabível, podendo, entretanto, essa proposição ser revista de ofício, pela instância julgadora, visando o devido enquadramento normativo do fato tributável aos ditames da lei. Nessa direção, por sinal, se posiciona a legislação do processo administrativo fiscal do Estado da Bahia, no art. 19 do RPAF/99, que não inquina de nulidade o lançamento que contenha indicação errônea do dispositivo de lei ou regulamento, desde que pela descrição dos fatos, fique evidente a infração cometida pelo contribuinte.

No caso presente, houve equivocado enquadramento do fato infracional, no art. 42, inc. I, “b”, item 1, quando o correto seria o art. 42, inc. II, letra “f” para os fatos impositivos antes da vigência do art. 42, II, “d”, dada pela nº 10.847/07, com efeitos a partir de 28/11/07. Todavia esse equívoco não implicou em modificação do núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Dessa forma, em face do acima exposto, reviso o lançamento em lide, re-enquadrando a multa pelas infrações praticadas pelo contribuinte, atinentes à falta de recolhimento da antecipação parcial, para o art. 42, inc. II, letra “f”, relativamente aos fatos geradores anteriores à edição da Lei nº 10.847/07, e para o art. 42, inc. II, “d” da Lei nº 7.014/96, para as ocorrências posteriores a 28/11/2007, ficando, todavia, ressalvada a possibilidade do sujeito passivo requerer a dispensa da multa a ele imposta, se valendo do meio processual previsto no art. 158 do RPAF/99, com pedido

dirigido à Câmara Superior, considerando que o errôneo enquadramento do fato infracional pelo autuante, induziu o contribuinte a erro, impossibilitando que o mesmo exercesse o direito de pagamento do tributo com redução de 100% da multa, conforme autoriza o comando normativo contido no art. 45-A, da Lei nº 7.014/96. Nesse sentido o CONSEF já se manifestou, conforme decisão proferida por uma das suas Câmaras, no Acórdão nº 0060-11/09.

Destaco ainda que o fato de a legislação baiana ter sido posteriormente alterada para incluir expressamente a falta de recolhimento da antecipação parcial no rol das infrações previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, em nada altera a aplicação da alínea “f” aos fatos geradores anteriores a vigência da Lei nº 10.847/07, tendo em vista não haver ofensa ao princípio da irretroatividade das normas de conteúdo sancionatório, aplicando-se ao caso outro princípio jurídico, segundo o qual, os fatos são regidos pelas normas vigentes à época da sua ocorrência (*tempus regit actum*).

Fica, portanto, mantido o núcleo das exigências fiscais, revisando-se tão somente a capitulação legal da multa pelos fatos infracionais, com o seu re-enquadramento, originalmente capitulada no art. 42, inc. I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, para o art. 42, inc. II, letra “f”, para os fatos impositivos até 27/11/2007 e a do art. 42, II, “d”, para os fatos impositivos a partir de 28/11/2007, ambas no percentual de 60%, relativamente ao imposto devido por antecipação parcial, conforme fundamentação tracejada linhas atrás.

Assim, diante de todo o exposto, considerando: a) que aquisição interestadual de aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (hardware), de uso exclusivo em informática, inclusive automação, indicados no Anexo 5-A, destinados a comercialização por contribuintes deste estado não são passíveis de antecipação tributária parcial tendo em vista que as saídas internas subsequentes possuem uma carga tributária de 7%, conforme previsto no art. 87, V, do RICMS/BA; b) que apenas as mercadorias contidas nas notas fiscais acima primeiramente citadas sujeitam-se à antecipação tributária parcial por não terem redução de base de cálculo nas saídas internas subsequentes de modo a que a carga tributária efetiva equivala a 7%, sendo que as Notas Fiscais nºs 1952, 14613 e 3152, pertencem à infração 01 e as Notas Fiscais nºs 4136, 8158, 940058 e 6899 pertencem à infração 02, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data vencto	Base Cálculo	Alíq. %	Multa %	ICMS devido
<b>Infração 01</b>					
31/08/2007	10/09/2007	1.364,71	17	60	232,00
31/05/2008	10/06/2008	276,91	17	60	47,08
31/07/2008	10/08/2008	1.553,60	17	60	264,11
<b>Infração 02</b>					
30/11/2007	10/12/2007	2.755,29	17	60	468,40
30/01/2008	10/02/2008	8.116,19	17	60	1.379,75
30/11/2008	10/12/2008	2.569,37	17	60	436,79
<b>Total da Infração</b>					
					<b>2.284,95</b>
<b>Total Geral</b>					
					<b>2.828,13</b>

#### VOTO DISCORDANTE

Peço respeitosa vênia para discordar do ilustre relator quanto ao abaixo exposto.

O § 8º do art. 352-A do RICMS/97, cuja redação atual foi dada pela Alteração nº 134 (Decreto nº 12.080, de 01 e 02/05/2010. DOE de 01 e 02/05/2010, com efeitos a partir de 01/05/2010), contém norma modificadora, e não meramente interpretativa, no sentido de determinar, a partir da data de sua

publicação, que a redução prevista no § 2º também é aplicável nas operações efetuadas por empresas optantes do Simples Nacional.

Observe-se, em uma interpretação que deve levar em conta o histórico mencionado preceptivo (§ 8º do art. 352-A do RICMS/97), que em nenhuma de suas disposições anteriores, concedidas pelas Alterações de números 126, 115 e 112, existia o direito de as sociedades optantes do Simples Nacional calcularem o ICMS - antecipação parcial levando em consideração a redução prevista no § 2º.

Concordaria com o nobre relator na hipótese de o § 8º ter surgido no ordenamento pátrio na data de sua publicação, mas isso não ocorreu, pois, conforme o que foi acima exposto, ele já existia, e com restrições implícitas no que pertine à redução de base de cálculo para sociedades optantes do Simples Nacional.

É válido ressaltar que, por se encontrar o contribuinte inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), cuja tributação é especial, a previsão do § 2º do art. 352-A, assim como a do art. 87, V, ambos do RICMS/BA, relativa à redução da base de cálculo na saída interna subsequente, não se aplica a este regime de apuração, o qual possui normas específicas. Contudo, a partir das alterações 134 e 135 (Decretos nº 12.080 e 12.156), com efeitos a partir de 01/05/2010, foi concedida a aplicação da redução prevista no aludido dispositivo legal.

Assim, no período da ação fiscal, não havia previsão legal para os optantes do Simples Nacional efetuarem a apuração da antecipação parcial do ICMS com a redução da base de cálculo do imposto, prevista no § 2º do art. 352-A do RICMS/BA, cuja vigência é a partir de 01/05/10, pelo que o imposto deve ser exigido.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233082.0004/10-5**, lavrado contra **ANA MARIA CREMASCO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.828,13**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE